

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 842

(Ano X)

(24/02/2018)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



21/02/2018 Sidio Rosa de Mesquita Júnior

» [A detração do tempo de medida processual criminal cautelar de monitoramento eletrônico](#)

### ARTIGOS

23/02/2018 Leonardo Sarmento

» [Intervenção Federal tardia no Rio de Janeiro](#)

23/02/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [O Planejamento Tributário e os Princípios Constitucionais Tributários](#)

23/02/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [O Carnaval do Referendo](#)

23/02/2018 Heloisa Gabriele de Melo

» [A Inviabilização da Uniformização da Jurisprudência Trabalhista e a sua restrição após a Reforma Trabalhista](#)

22/02/2018 Artur Barbosa da Silveira

» [Da sentença e da coisa julgada no atual Código de Processo Civil](#)

22/02/2018 Caroline Aguida Fiori

» [Políticas públicas de ensino para pessoas com deficiência e o direito à igualdade: teoria e prática em unidades selecionadas de Curitiba](#)

22/02/2018 Ivan Bortolin Ferreira

» [Pensão alimentícia no divórcio: da inexistência da culpabilidade a análise ética do caso concreto](#)

22/02/2018 Mauricio Antonacci Krieger

» [Da reforma trabalhista: desistência da ação](#)

21/02/2018 Alessandro Dorigon

» [O direito de morrer com dignidade - um estudo sobre a eutanásia, ortotanásia e o suicídio assistido.](#)

21/02/2018 Paulo Saint Pastous Caleffi

» [O prenúncio da pá de cal na presunção de inocência](#)

21/02/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Entidades da Administração Pública e do Terceiro Setor](#)

21/02/2018 Fernanda Medeiros e Ribeiro

» [Análise da tributação em relação às quantias devolvidas pelos delatores da Operação Lava Jato](#)

21/02/2018 Luciano Robinson Calegari

» [Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho](#)

20/02/2018 Marcus Vinicius Ribeiro

» [Breves considerações sobre Direitos Humanos](#)

20/02/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Serviço público e Exploração da Atividade Econômica](#)

20/02/2018 Ralissa Queiroz Lima e Silva

» [A proporcionalidade do dano mensurado em casos de bullying no trabalho](#)

20/02/2018 Rebeca Souza Cavalcante de Oliveira

» [Uma análise teórica acerca do processo de recuperação judicial do Grupo Cucaú](#)

19/02/2018 Olavo Moura Travassos de Medeiros

» [A Junção dos Hoteis-Cassino à política ambiental brasileira: juridicidade do Projeto de Lei do Senado nº 595/2015 sob o prisma do Direito Ambiental](#)

19/02/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Sujeitos que exercem funções públicas e suas nuances](#)

19/02/2018 Izabella Christina Carolino de Souza

» [A remuneração dos administradores nas Sociedades Limitadas e nas Sociedades Anônimas](#)

19/02/2018 Afonso Roberto Mendes Belarmino

» [As identidades em "O Mercador de Veneza": uma análise à luz de Amartya Sen](#)

19/02/2018 Romero Solano de Oliveira Magalhaes

» [Relações de vizinhança no condomínio edilício](#)

#### MONOGRAFIA

19/02/2018 Geovanna Clementino Rabelo Aguiar

» [A administração de recursos privados pela União - o caso Finor](#)

## **A DETRAÇÃO DO TEMPO DE MEDIDA PROCESSUAL CRIMINAL CAUTELAR DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

**SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:** Procurador Federal desde 1996. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais na Acadêmica Policial Militar do Guatupê (1989) e Bacharelou-se em Direito pelo UniCEUB (1994). É especialista, pelo UniCEUB, Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre em Direito pela UFPE (2002) e Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora (2015). É Professor Universitário desde 1995, é autor dos seguintes livros publicados pela Ed. Atlas: Prescrição Penal (4. ed., 2007), Execução Criminal: Teoria e Prática (7. ed. 2014); e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006 (2007). Tem diversos artigos jurídicos publicados.

### **1. RÁPIDA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA CRIMINAL BRASILEIRA<sup>[1]</sup>**

Esclareça-se que a maior preocupação será com a evolução da legislação criminal material, visto que o assunto tem maior conotação nesse campo do que no processual criminal, embora a natureza cautelar da prisão não deixe de estar afeta ao Direito Processual (em matéria criminal). Desejamos demonstrar que o sistema jurídico-criminal pátrio tem se servido à legitimação do discurso de dominação, punindo pobres<sup>[2]</sup> e não dando ao povo um tratamento lógico em que a pena a ser executada tenha tratamento, no mínimo, mais rigoroso do que a medida cautelar daquele que tem o estado de inocência durante o processo.

Não me canso de afirmar que inexistente um DCrim genuinamente brasileiro. Até a chegada dos europeus, os silvícolas que aqui viviam ainda aplicavam a pena com base na vingança.

Os colonizadores desprezaram os usos e costumes dos silvícolas, impondo suas próprias regras. Ao que consta, os portugueses visitaram o

Brasil antes do ano 1500, mas eles só vieram a se instalar aqui depois da expedição de Pedro Álvares Cabral,<sup>[3]</sup> impondo as Ordenações do Reino no território nacional. Ocorre que as Ordenações Afonsinas jamais chegaram a ser aplicadas aqui, eis que só vigoraram até 1521.

### **1.1 Ordenações do Reino**

De 1500 a 1521, vigoraram as Ordenações Afonsinas. Depois, vieram as Ordenações Manuelinas (de 1521 a 1603). Finalmente, as Ordenações Filipinas emergiram em 1603 e perduraram por muitos anos.<sup>[4]</sup> Não se olvide que as Ordenações Manuelinas e as Filipinas representaram, nada mais, do que sistematizações das ordenações Afonsinas, guardando o cerne daquela, mas as últimas apresentaram maior apuro técnico. Em tais ordenações, eram comuns as penas de morte (real e civil) e galés, todas com perdas de bens.

Um *Direito de terror*, em que as penas tinham execuções teatrais, a multa não tinha lugar nas Ordenações do Reino. Magalhães Noronha fundamenta a perda de bens determinada nas Ordenações, “*Ihe levam o seu*”, como justificante da multa,<sup>[5]</sup> não se podendo conceber como sendo argumento de que as Ordenações previam a multa como pena. A determinação legal das *ordenações do reino*, mais se aproxima do confisco.

No tocante à prisão provisória, tem-se que o Livro V, Título CXX, das Ordenações Afonsinas constituem a origem da “prisão em homenagem” (prisão menagem, hoje é expressamente existente no Código de Processo Penal Militar e, com outro *nomen iuris* no Código de Processo Penal). Na legislação aplicada ao território brasileiro, marca o início da prisão domiciliar. Como as Ordenações Manuelinas e Filipinas representaram apenas a sistematização das Ordenações Afonsinas, nelas, a menagem foi mantida.

### **1.2 Legislação Criminal brasileira anterior ao Código Penal vigente**

São elementos do Estado: (a) povo; (b) território; (c) governo. Esse Estado exprimirá a sua efetiva existência por um caráter básico, a soberania, a qual se manifestará por ter legislação própria e as penas pelos crimes havidos em seu território serão impostas segundo essa legislação e jurisdição próprias. Daí a importância de, sempre que se alterar a ordem

jurídica interna, ser necessária a criação de um novo Código Criminal.<sup>[6]</sup> Código de Processo Penal, por sua vez, sempre teve iniciativas mais tímidas, sendo o nosso primeiro instituído pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.1941.

Declaramos a nossa independência, em 7.9.1822, outorgamos nossa primeira Constituição em 25.3.1824, o que passou a exigir legislação própria em matéria criminal, mas continuamos aplicando as Ordenações do Reino até o advento do Código Criminal do Império (16.12.1830).

Com a República, emergiu nova Constituição e, portanto, a necessidade de se criar um novo código (Decreto n. 847, de 11.10.1890), o qual foi denominado de Código Penal. Como continha uma série de impropriedades, foram elaboradas muitas leis criminais, emergindo um aparente conflito entre elas e a necessidade de se consolidar as leis criminais de então, o que se deu em 1932<sup>[7]</sup>, isso em um momento tumultuado da história do Brasil.

### **1.3 Os Códigos Penal e de Processo Penal vigentes e tentativas de modificação da nossa legislação criminal facista**

A Constituição outorgada de 1937, exigiu novo Código Penal. Daí o vigente (Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940). Este partiu de uma cópia feita por José de Alcântara Machado de Oliveira (1875-1941) do Código Rocco de 1930 (nome dado ao Código Penal da Itália, em homenagem ao Ministro da Justiça de então [1925-1932], Alfredo Rocco [1875-1935], que foi Deputado pelo Partido Facista Nacional) e mereceu 2 versões, o que, felizmente, mediante atuação da comissão revisora diminuiu seu caráter facista, introduzindo aspectos humanitários suíços.

Nosso Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.1941), também foi inspirado na legislação italiana, sendo que Vincenzo Mazini (1872-1957) se encarregou de elaborar o Código de Processo Penal Italiano de 1930. No Brasil, tanto o Código Penal quanto o de Processo Penal foram publicados enquanto estava no poder um totalitarista, Getúlio Vargas (1882-1954),<sup>[8]</sup> razão da adoção de legislações evidentemente facistas.

O CP sofreu grandes alterações, desde a sua publicação, ocorrida em 31.12.1940, visto que seus 120 primeiros artigos (toda Parte Geral-PG) tem redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, sendo que sua Parte Especial (PE) também sofreu alterações. Aliás, a própria PG já foi significativamente modificada por leis anteriores e posteriores à de n. 7.209/1984.

Foram feitas diversas tentativas de criar um novo CP, mas, ainda, sem sucesso. Com as Constituições outorgadas em 1967 e 1969 (esta última foi denominada de Emenda à Constituição Federal n. 1), dependíamos de um novo CP, tendo sido editado o Decreto-Lei n. 1.004, de 21.10.1969. Ele entraria em vigor em 1.1.1970 (art. 407). Porém, a Lei n. 5.573, de 1.12.1969, previu o dia 1.8.1970. A *vacatio legis* foi ampliada pela Lei n. 5.597, de 31.7.1970, definindo o dia 1.1.1972 para entrada em vigor. A Lei n. 5.749, de 1.12.1971, novamente ampliou o prazo de vacância do CP, designando o dia 1.1.1973 para a sua entrada em vigor. Não obstante, a Lei n. 5857, de 7.12.1972, previu o dia 1.1.1974 para a entrada em vigor. Mantendo esta última data, a Lei n. 6.016, de 31.12.1973, reenumerou o art. 407 para o 402 e alterou substancialmente o novo CP, que existia, mas não entrava em vigor.

Havia uma pretensão de criar um novo Código de Processo Penal (o que está em vigor adveio do Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.1941). Então, foi editada a Lei n. 6.063, de 27.6.1974, que dispôs: “Art. 1º O Código Penal instituído pelo [Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969](#), com as alterações posteriores, bem como os [artigos 3º, 4º e 5º da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973](#), entrarão em vigor juntamente com o novo Código de Processo Penal”.

Parece brincadeira, mas o CP, existente à época, passou a ter data indeterminada para entrar em vigor. 8 anos, 11 meses e 20 dias depois da primeira publicação, o CP/1969 foi revogado, sem nunca ter entrado em vigor, isso pela Lei n. 6.578, de 11.10.1978, o que aconteceu porque os militares já estavam se preparando para a transição, visto que decidiram que abandonariam o poder, ou seja, o devolveriam aos civis. Assim, certamente, seria estabelecida uma nova ordem jurídica.



O Presidente da República João Baptista Figueiredo (1918-1999), que governou de 15.3.1979 a 15.3.1985, cumpriu sua promessa do discurso de posse, no sentido de devolver o governo do Brasil aos civis. Assim, em 5.10.1988, foi promulgada a Constituição Federal vigente, o que tornou imprescindível um novo CP e um novo CPP.

Tem-se tentado modificar a legislação criminal, mas está complicado. Na parte processual, foram criados vários projetos de lei. Veja-se:

Tentativas restaram frustradas ao longo do tempo para elaboração de um novo CPP. Entretanto, com o intuito de modernizar a legislação processual penal, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, constituiu, por meio da Portaria n. 61/2000, uma comissão para o trabalho de reforma... Referida Comissão apresentou, em dezembro de 2000, sete anteprojetos que, por sua vez, originaram os Projetos de Lei n. 4.203/2001 (júri), 4.204/2001 (interrogatório), 4.205/2001 (provas), 4.206/2001 (recursos e ações de impugnação), 4.207/2001 (procedimentos), 4.208/2001 (prisão e medidas cautelares) e 4.209/2001, investigação criminal).[\[9\]](#)

Os Projetos de Lei n. 4.206/2001 e 4.209/2001 não se transformaram em leis, mas os demais sim, o que deu nova cara ao CPP, mas ainda existem complicadores. Por isso, pretende-se um novo código, ao Projeto de Lei n. 8.045/2010 em tramitação,[\[10\]](#) mas não creio que ele venha a ser aprovado.

Em 1998, uma comissão de alto nível elaborou um anteprojeto que alterava a Parte Especial do Código Penal, apresentado em 1999, mas retirado pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias (Jul/1999 – Abr/2000).

Significativas alterações foram feitas no CP, tendo sido aumentadas muitas penas, em 1990, introduzindo-se a delação premiada para a extorsão mediante sequestro (Lei n. 8.072); em 1996, foram alterados os crimes contra o patrimônio (Lei n. 9.426); em 1998, as penas restritivas de direito

(especialmente os arts. 43-44, em face da Lei n. 9.714), bem como os crimes contra a saúde pública (Lei n. 9.677); em 2003, as penas dos crimes contra a administração pública (Lei n. 10.763); em 2005, os crimes contra a liberdade sexual (Lei n. 11.106); em 2009, os crimes contra os costumes se transformaram em crimes contra a dignidade sexual, com significativas alterações (Lei n. 12.015); dentre outras.

Em 21.12.2010, O Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, foi apresentado à Câmara dos Deputados para, sob o n. 8.045, para revisão. Desde 4.7.2017 encontra-se na Comissão Especial para parecer, havendo aprovação de requerimento para que se realize audiência pública com o Ministro da Justiça Torquato Jardim para tratar do referido projeto de lei.

Em 2012, por intermédio do Projeto de Lei do Senado n. 236, apresentou-se um novo Código Penal, com 542 artigos. As diversas emendas havidas levaram à Emenda n. 1, consolidada em 2015, com 530 artigos.<sup>[11]</sup> Em tal projeto de lei, existem três regimes da pena privativa de liberdade, sendo o aberto aquele que se cumpre em liberdade.

## **2. DELITOS, CRIMES E CONTRAÇÕES: PENAS RESULTANTES**

O Decreto-lei n. 3.688, de 3.10.1941, constitui a Lei das Contravenções Penais. O Código Penal trata de *crimes* e a Lei das Contravenções Penais trata das *contravenções*. No entanto, não há qualquer distinção ontológica ou doutrinária entre crime e contravenção, embora nossa legislação tenha optado por uma distinção *bipartida*.

O CP francês de 1810 adotou a classificação *tripartida*, pela qual os crimes são julgados pelo júri, os delitos pelos tribunais correccionais e as contravenções pelos tribunais de polícia.<sup>[12]</sup>

A lei brasileira distingue crime de contravenção, *ex vi* do DL n. 3.914, de 9.12.1941 (Lei de introdução ao CP e à LCP), em seu art. 1º. Pelo que se vê a “infração penal” (denominação imprópria, uma vez que se é gênero de crime, deveria ser denominada *infração criminal*), se divide em *crime* e *contravenção* segundo a pena cominada. No entanto, essa é

uma distinção vazia de conteúdo, tendo em vista que ontologicamente não há distinção prática entre *reclusão*, *detenção* e *prisão simples*, já tendo, inclusive, sido proposta a redução das três espécies a uma única, que é a *prisão* (Projeto de Lei n. 3.473/2000[13]). Esta passaria a ser a única espécie de pena privativa de liberdade.

O projeto de lei foi elaborado por uma comissão de alto nível, composta por grandes criminalistas,[14] mas parou no Congresso Nacional porque foi tido como extremamente benevolente.

A distinção feita pelo Decreto-lei n. 3.914/1941, expondo que o crime será apenado com detenção ou reclusão, enquanto a contravenção será apenada com prisão simples, ratifico, é inócua porque, na prática toda distinção estará no regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto). Daqui emerge a importância da execução criminal, que tem código próprio (Lei n. 7.210, de 11.7.1984), norma que se autodenomina Lei de Execução Penal.

No contexto de equívocos legislativos, considero completamente equivocada a afirmação de César Dario, construída no sentido de a Lei n. 8.072, de 25.7.1990, decorreu de uma extrema liberalidade da Lei n. 7.209/1984.[15] Para mim, a *lei hedionda* decorreu de um retrocesso no pensamento jurídico-criminal pátrio. Erradas são as novas leis que, calcadas nos movimentos de lei e ordem, procuram solucionar o problema da criminalidade por meio do agravamento das sanções criminais ou criação de novas espécies de crimes.

Abandonar a velha distinção entre crime, delito e contravenção (classificação tripartida das infrações criminais), bem como a classificação bipartida (as infrações se dividem em crimes ou delitos e contravenções), não trará qualquer inconveniente, eis que as espécies integram o mesmo gênero e a gravidade da sanção, por suas espécies, não apresenta critério seguro, o que esvazia qualquer argumento em favor da diferenciação estabelecida.

Crimes e contravenções, enquanto infrações criminais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099, de 26.9.1995), são colocados no

mesmo plano. Ademais, em face do princípio da ofensividade, pelo qual a norma criminal só deve descrever condutas graves e que atingem ou coloquem em risco bens jurídicos sérios, a contravenção deveria pertencer ao campo do Direito Administrativo, conforme já previa Ferri.<sup>[16]</sup> Aliás, tal realidade já se dá no âmbito militar, eis que o CPM prevê a desclassificação da lesão corporal levíssima para infração administrativas (art. 209, § 6º) e o Regulamento Disciplinar para a Marinha especifica “contravenções disciplinares” em seu título III (Dec. n. 88.545, de 26.7.1983, arts. 6º-7º). Assim, sendo hipótese de detração, poderá a prisão decorrente de contravenção ser computada para abater tempo de condenação por crime e vice-versa. Isso já é aplicável no que tange às prisões administrativas de militares, cujos fatos também constituem crimes.

A Lei n. 9.099/1995 trouxe substancial alteração ao Código de Processo Penal ao instituir o procedimento sumaríssimo e as leis advindas dos projetos de lei do ano de 2003 fizeram as outras alterações significativas na processualística criminal em vigor.

### **3. DETRAÇÃO**

Detrair significará abater do tempo da condenação o tempo de prisão ou internação provisória (Código Penal, art. 42).

#### **3.1 Hipóteses de cabimento**

Com fulcro em aresto do STF, com o qual concordo, escrevi alhures:

A detração é admitida em quatro hipóteses: (a) prisão provisória relativa ao fato da condenação; (b) prisão provisória relativa a fato diverso, mas constante do mesmo processo; (c) prisão provisória relativa a fato anterior ao da condenação, desde que não haja solução de continuidade, ou seja, que o condenado se mantenha preso durante todo o tempo; (d) prisão provisória relativa a fato posterior ao da condenação, mesmo que haja solução de continuidade.<sup>[17]</sup>

Não admito a detração em hipóteses em que possa ocorrer a sensação de um crédito para com o Estado, permitindo-se a prática de crimes impunes. Daí a restrição imposta às hipóteses que mencionei.

### **3.2 Detração e prescrição**

Fazendo interpretação extensiva do art. 113 do Código Penal, em analogia *in bonam partem*, sustento o cabimento da detração para a prescrição da pretensão executória.<sup>[18]</sup> No entanto, em relação a prescrição da pretensão punitiva, a detração será incabível, eis que analogia pressupõe semelhança. Como o CP só prevê o abatimento do tempo de prisão para o cálculo da prescrição da pretensão executória, por fuga, só a essa espécie de prescrição vejo a semelhança autorizadora da analogia *in bonam partem*.

## **3. MONITORAMENTO ELETRÔNICO E PRISÃO DOMICILIAR**

Temos um sistema progressivo em que os regimes fechado, semiaberto e aberto são possíveis (CP, art. 33). O aberto está disciplinado no art. 36 do Código Penal, o qual será cumprido em regime de autodisciplina, em casa de albergado, que é lugar sem proteção contra a fuga.

A prisão domiciliar está prevista para hipóteses excepcionais (idade avançada, doença grave, gestação e filho em tenra idade ou deficiente), evidenciando-se forte machismo na lei (Código de Execução Criminal, art. 117), eis que somente a condenada poderá assistir ao filho menor ou deficiente.

Por quê?

Existem perguntas que são melhores do que as suas respostas, sendo que somente uma cultura machista poderá levar à presunção de que a mulher será sempre melhor do que o homem para educar os filhos. Ora, em situações concretas em que os pais estiverem presos, haverá de se verificar qual será o mais apto, independentemente do sexo, até porque, ante a nova família, crescem os casais homoafetivos, impossibilitando a escolha apenas em razão do pênis ou da vagina.

### 3.1 Prisão domiciliar e confusão terminológica na legislação brasileira

Prisão domiciliar será manter, segurar, em casa. Como temos a cultura da prisão, somos induzidos, pelos *movimentos de lei e ordem*, a acreditar que o rigor jurídico-criminal será a panaceia para toda criminalidade endêmica. Com Pacelli, afirmo:

Eu posso até aumentar o número de cadeias, de penitenciária, punir mais: isso não vai diminuir mesmo a quantidade de crimes. Acho que a primeira decisão é: nós não vamos resolver criminalidade com direito penal. Nós devemos melhorar a aplicação da lei... [19]

Influenciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que em uma conversa, após uma palestra havida em 2013, me confidenciou ter a frustração de não ter sido Defensor Público, passei a exercer advocacia “público-privada”, eis que, enquanto Procurador Federal, só posso atuar em razão do cargo, mas realizo advocacia criminal *pro bono* (do latim *pro bono publica*, “pelo bem público”) e vejo, com tristeza, o quanto temos a lastimável cultura da prisão, da antecipação da culpa, do estigma preconceituoso contra determinadas categorias de pessoas etc. Pior, isso se manifesta nas nossas leis e jurisprudência dos tribunais.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração das Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n. 45/110, de 14.12.1990. O CP, que, timidamente, só contemplava três espécies de penas restritivas de direito, precisou ser alterado, o que só veio a se efetivar por meio da Lei n. 9.714, de 25.11.1998, sendo que esta, equivocadamente, previu o *recolhimento domiciliar*, como espécie de pena restritiva de direito, o que mereceu a minha crítica alhures, *in verbis*:

O projeto transformado na Lei n. 9.714/1998 trazia a *pena de recolhimento domiciliar*, mas tal espécie não foi admitida, em face do veto ao novo art. 43, inciso III, do CP. A Exposição de Motivos n. 689, de 18-12-1996, dispunha: “Por sua vez o recolhimento domiciliar é outra

forma adequada para evitar a prisão em regime aberto, quando o condenado estiver apto a assumir a responsabilidade”.<sup>[20]</sup> Não obstante, a espécie de pena não privativa de liberdade em comento foi vetada sob o argumento de que tal espécie não produz os efeitos preventivos e repressivos desejados, conforme se vê:

A figura do “recolhimento domiciliar”, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do Projeto que a institui como pena alternativa.<sup>[21]</sup>

Vetado o inciso III do art. 43 do CP, imperioso era o veto ao § 4º do artigo 45, que dispunha: “O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença.” Com efeito, não havia qualquer motivo razoável que justificasse a manutenção da regulamentação da pena de recolhimento domiciliar se esta não foi admitida.

O veto não muda a prática, visto que a pena privativa de liberdade no regime aberto não pode ser executada em outro local que não seja a casa de albergado. Como esta praticamente não existe em nosso país, a solução que se impõe é a colocação do condenado em regime domiciliar. Não obstante, no início da execução, para os delitos menos graves, o Juiz Criminal deverá optar pela substituição, a fim de melhor atender ao sentido da norma penal, buscando alcançar as melhores soluções oferecidas pelos estudos de política criminal.

Hoje, no Distrito Federal, os condenados ao regime aberto estão em prisão domiciliar, sendo que parece ter se extinguido a pretensão de construir uma casa de albergado. Ocorre que, como o condenado por crime praticado mediante violência não pode ser beneficiado com a substituição da pena, acaba sendo beneficiado com a prisão domiciliar, o que constitui *contradictio in adjectis*.[\[22\]](#)

O sistema penitenciário brasileiro é merecedor de duras críticas, visto que até um Ministro da Justiça reconheceu termos prisões praticamente medievais,[\[23\]](#) quando um percentual significativo de presos nunca foi ou será condenado, pois, em alguns Estados-Membros, o quantitativo de presos provisórios é maior do que o de condenados.

Ao contrário de estarmos fomentando a prisão, especialmente a provisória, deveríamos estar nos adaptando às Regras de Tóquio para ampliarmos as penas não privativas de liberdade e só termos uma pena alternativa, a de prisão. Esta é a alternativa última, a ser evitada.

### 3.2 Monitoramento eletrônico

Já o monitoramento eletrônico, digo com frequência, tende a ser a prisão do futuro. Na prática, ao condenado no regime aberto, a tornozeleira eletrônica se tornará um *plus* desfavorável a ele porque será monitorado, enquanto quem não tiver a tornozeleira estará livre nos momentos de folga, apenas tendo que comparecer em Juízo nos prazos fixados (mensalmente, bimestralmente, trimestralmente etc.) e cumprir condições normais às pessoas em geral.

O Decreto n. 7.627, de 24.11.2011, “regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal”, dispendo:

Art. 2º Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de **pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por**



**sentença transitada em julgado**, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

Grifei porque o próprio Estado interpretando a lei entende que o monitoramento eletrônico se aplica às “pessoas presas”. Lamentavelmente, um Ministro brilhante do STF disse, em 4.10.2017, que “a lei que vive é a lei interpretada”, isso para negar provimento ao Recurso Extraordinário n. 929670.[\[24\]](#) No dia seguinte, 5.10.2017, o mesmo Ministro estava dizendo que foram os congressistas que escreveram:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável [\(art. 26 do Código Penal\)](#) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

O referido Ministro do STF, então, valendo-se da literalidade da lei, dizia: “foram eles os congressistas que escreveram esse art. 319”, portanto, o recolhimento domiciliar não é prisão. Mas, os incisos V e IX transcritos trazem complicadores, evidenciando antinomias no sistema legislativo criminal pátrio. Ora, prisão é prisão e a sistemática do nosso Código de Execução Criminal (Lei n. 7.210, de 11.7.1984) é completamente oposta a tal entendimento. Por isso, a Resolução n. 5, de 10.11.2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe:

Art. 3º - A monitoração eletrônica é medida excepcional, devendo ser utilizada no processo de conhecimento para a substituição da prisão cautelar e, na execução penal, sempre que necessária e adequada.

Parágrafo único - Os recursos do Fundo Penitenciário Nacional destinados à implantação de serviços de monitoração eletrônica poderão ser direcionados às hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão, medidas protetivas de urgência, progressão antecipada, Livramento condicional antecipado, prisão domiciliar deferida em substituição à pena privativa de liberdade ou quando se estabeleça na modalidade de regime semiaberto porquanto na condição de alocação similar nos termos do art. 91, da Lei 7.210/1984 e nas hipóteses previstas na súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal n. 56 como estratégia de redução do número de presos.

Reduzir os presos no cárcere público não significará reduzir a quantidade de presos. O preso na própria residência estará preso. Imagine-se por exemplo o tetraplégico, será que ele estará menos preso do que o lançado em uma penitenciária?

As medidas cautelares têm quatro características principais, a saber: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Maior, deveria ser a excepcionalidade da prisão cautelar. Mas, em tempos de Operação Lava Jato, “tudo pode” e a prisão se banaliza.

A Itália se ressentida da Operação Mani Pulite<sup>[25]</sup> e, especialmente, Juízes e Membros do Ministério Público reclamam. Lá, a operação alçou Berlusconi ao poder (Moro reconhece isso!<sup>[26]</sup>), o qual foi acusado de deslegitimar a magistratura.<sup>[27]</sup> Todavia, aqui somos moucos e pretendemos... não sei o quê.

Talvez, os corretos sejam Zaffaroni e Pierageli que afirmam que selecionamos Juízes e Membros do Ministério Público dentre a classe média baixa, dando-lhes expectativas da classe média alta em uma sensação de poder que os torna estigmatizados, distantes dos jurisdicionados que, um dia, deveriam atender, optando pela burocracia judicial.<sup>[28]</sup> Com isso, continuamos reforçando a seletividade do sistema punitivo estatal e reforçando a ideologia de que devemos punir os pobres. como meio para manter “A miséria governada através do sistema penal”.<sup>[29]</sup>

A literalidade da lei é apenas um primeiro momento de interpretação (gramatical, exegético etc.). O verdadeiro sentido da norma deverá passar por diferentes processos de interpretação, os quais devem ser coerentes, não instáveis como caminham os nossos tribunais.

### **3.3 A prisão domiciliar**

Prisão, de *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), significa:

...o ato de prender ou o ato de agarrar uma pessoa ou coisa; assim prender e agarrar são equivalentes a prisão, significando o estado de estar preso ou encarcerado. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair. Nesta razão, juridicamente, pena de prisão quer exprimir pena privativa de liberdade, em virtude da qual a pessoa, condenada a ela, é recolhida e encerrada em local destinado a esse fim.<sup>[30]</sup>

Não creio que o projeto de Código Penal em tramitação venha a ser aprovado. Mas ele evidencia uma tendência, na qual a “pena de prisão” terá no “regime aberto a execução da pena fora do estabelecimento prisional” (art. 46, parágrafo único, alínea “c”). Assim, o recolhimento domiciliar será prisão, não medida substitutiva à prisão.

Mencionei um Ministro do STF que, apartando o Min. Fux quando com ele concordava, no sentido de que a lei deve ser interpretada e que o art. 22, inc. XIV, da Lei Complementar n. 64, de 18.5.1990, ao enunciar “cominando-lhes a sanção” deveria ser interpretado como “requisito de elegibilidade”, não fazendo sentido tratar o mesmo efeito como sendo de 2 naturezas diversas.<sup>[31]</sup> É aqui que surge o cerne:

- Por quê a prisão terá essa natureza na execução e outra diversa da prisão enquanto medida cautelar excepcional?

Álvaro Mayrink da Costa tenta corrigir as terminologias empregadas em nossa legislação, afirmando:

Assim, a classificação correta das penas será: **a)** *penas privativas de liberdade* (reclusão, detenção e prisão simples); **b)** *penas restritivas de liberdade* (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); **c)** *penas restritivas de direitos* (interdições e proibições) **d)** *penas pecuniárias* (multas, prestações pecuniárias, perdas de bens e valores). Com a edição da Lei n. 11.343, de 22.8.2006, como já defendíamos, acrescentamos ao catálogo de penas no direito brasileiro a *pena de advertência* sobre os efeitos das drogas e da *admoestação verbal* (sanção moral).<sup>[32]</sup>

Concordo doutrinariamente com a classificação doutrinária exposta. No entanto, o Direito é ciência social aplicada e, portanto, não pode estar distante dos seus objetos de estudos (normas e fatos jurídicos), razão emprestar coerência lógica e prática ao que existe, sendo que a própria Constituição não restringe as penas somente às 3 espécies mencionada

pelo art. 32 do Código Penal (privativa de liberdade, restritiva de direito e multa), conforme se extrai do art. 5º da Carta Magna:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Como a prática leva à execução da pena privativa no regime aberto em prisão domiciliar, em muitas comarcas, da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, será incoerente pretender aplicar a diferenciação constitucional (ou do Código de Processo Penal) para emprestar maior rigor ao condenado supervisionado por acompanhamento eletrônico, mediante tornozeleira, enquanto que condenados no regime semiaberto, em prisão domiciliar, ficarão em situação significativamente mais branda.

Conforme mencionei, a inserção do condenado no regime aberto em prisão domiciliar, nos termos da Lei n. 7.210/1984 será excepcional (art. 117), mas por faltarem casas de albergado, transformou a prisão domiciliar em regra. Também, por falta de estabelecimentos adequados para a execução da prisão no regime semiaberto, em muitas comarcas, a execução será em prisão domiciliar.<sup>[33]</sup> A maioria, sem se sujeitar ao monitoramento eletrônico. Por tal razão, concordo com o que manifestou o Conselho Federal de Psicologia:

Ineficiente, o monitoramento eletrônico não tem reduzido significativamente as taxas de encarceramento nos países onde já vem sendo aplicado há 20 anos, como no caso do Canadá (Dallaire (1997) e Lalende (2007)). O impacto sobre as taxas de encarceramento tem sido extremamente fraca se não totalmente inexistente. O monitoramento eletrônico na verdade será mais uma fonte de estigmatização dos condenados, com a identificação pública dos que

estiverem sob monitoramento. Ao não se fazer acompanhar por uma da rede de suporte social por parte do Estado, os agenciamentos responsáveis pelas eventuais infrações cometidas pelos monitorados seguirão operando com a mesma intensidade, facilitando reincidência nos percursos delituosos. E, como reincidentes, entretanto, se dirá que não souberam aproveitar a “chance” que receberam, o que tende a reforçar a legitimidade social das penas de prisão.

Para a restauração do vínculo social, precisamos é de uma rede de apoio psicossocial!

É preciso reconhecer que a população carcerária e suas redes sociais fazem parte de uma parcela da população com uma trajetória de privação de acesso aos direitos mais elementares da cidadania. Queremos uma política pública que tenha como eixo o investimento numa rede de suporte social para essa população e suas famílias. Suporte para as penas alternativas, para os que se encontram em liberdade condicional, para os egressos que já cumpriram suas penas, para os que cumprem em regime aberto. Queremos que essas pessoas encontrem instituições organizadas com a finalidade de lhes oferecer apoio, suporte e acompanhamento em seus esforços de retomada do laço social. É necessário que se crie uma Bolsa Responsabilização Social, ao modo do Seguro-Desemprego, que possa dar suporte econômico aos egressos em seu processo de retorno ao convívio social.

Afinal, preso também é gente. E gente precisa é de gente!<sup>[34]</sup>

Helena Cláudio Fragozo já afirmava que a clientela do sistema jurídico-criminal é constituída pelos pobres e desfavorecidos,<sup>[35]</sup> e “temia pelo sucesso da aplicação das alternativas à pena privativa de liberdade, pois via que ‘a lei penal é comumente aplicada por um corpo judiciário elitista, com espírito profundamente conservador e reacionário afinado às técnicas jurídicas e insensível por completo à problemática social da

criminalidade...”.<sup>[36]</sup> Evidencia-se, portanto, que o discurso da literalidade da lei, bem como de quem a aplica, pode ser uma forma de estabelecer uma dominação por meio de um discurso falacioso. Ainda que estejamos punindo alguns “ricos e poderosos”, a preservação de um Direito Criminal simbólico se mantém latente.

#### 4. CONCLUSÃO

Não podemos pretender manter o sistema punitivo estatal como uma forma de legitimar uma dominação por intermédio de um discurso jurídico-criminal que a legitime. Com efeito, se a prisão domiciliar é aplicada ao condenado no regime semiaberto, como espécie de prisão, será incoerente que ela seja concebida como medida diversa antes da sentença, não sendo admitida para detração da pena fixada no regime inicial semiaberto ou aberto.

A literalidade da lei não pode servir de instrumento para governar a miséria através do sistema penal, em que os pobres sejam induzidos a aceitar supostos benefícios “despenalizadores” que, na prática, constituirão antecipação da pena, isso sem o devido processo legal (como é o caso da transação penal e da suspensão condicional do processo) ou pior, ao *bis in idem*, ter prisão domiciliar como medida alternativa à prisão, com tornozeleira eletrônica e sem detração na execução de pena, ainda que ela seja no regime semiaberto ou aberto e em prisão domiciliar.

O preso provisório tem o estado de inocência em seu favor (na literalidade do Pacto de São José da Costa Rica, o preso provisório terá presunção de inocência), não se justificando a prisão antecipada com monitoramento eletrônico, enquanto que a definitiva, depois de considerado culpado, seja mais branda, sem detrair o tempo da prisão provisória, apenas porque atribuído *nomen iuris* diverso.

#### NOTAS:

[1] Sidio Rosa de Mesquita Júnior é Procurador Federal desde 1996. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais na Acadêmica Policial Militar do Guatupê (1989) e Bacharelou-se em Direito pelo UniCEUB (1994). É especialista, pelo UniCEUB, em Direito Penal e Criminologia (1996) e em Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre em Direito pela

UFPE (2002) e Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora (2015). É Professor Universitário desde 1995, é autor dos seguintes livros publicados pela Ed. Atlas: Prescrição Penal (4. ed., 2007), Execução Criminal: Teoria e Prática (7. ed. 2014); e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006 (2007). Tem diversos artigos jurídicos publicados.

[2] A constatação da seletividade do sistema punitivo estatal é antiga, sendo que a Operação Mãos Limpas (itália), que aqui inspirou a Lava Jato, ao contrário de representar a ruptura dessa seletividade, a confirma. Temos muitos políticos presos, mas em evidente seletividade.

[3] Diz-se que, já em 1325, circulavam lendas e mapas em Portugal sobre terra assinalada no além-mar como Hy-Brazil. Viagens sigilosas dos Portugueses foram feitas em 1493 e 1498, respectivamente, por João Coelho da Porta Cruz e Duarte Pacheco. Outrossim, os espanhóis e primos Vicente Yáñez Pinzon e Diego de Lepe, chegaram ao Brasil, respectivamente, em Jan/1500 e Mar/1500. De qualquer modo, a história oficial de que o Brasil seria de Portugal, estaria confirmada pelo Tratado de Tordesilhas, assinado em 7.6.1494. E, prevalece a ilusória e acidental descoberta de Pedro Álvares Cabral, de 22.4.1500, o qual iria às Índias (a palavra “índio” decorreria do fato de Colombo, quando chegou nas américas, em 12.10.1492, ter acreditado que estava nas Índias).

[4] As Ordenações Manuelinas e Filipinas tomaram por base as Ordenações Afonsinas. Elas tratavam das matérias cíveis e criminais (o Livro V era o criminal), sendo que a sua parte cível perdurou até 1917, ano em que o Código Civil de 1916, entrou em vigor.

[5] NORONHA. E. Magalhães. *Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1, p. 265.

[6] Os países de língua latina têm preferência pela denominação Direito Penal. Daí denominarem suas normas de Códigos Penais. Tenho profundas razões para optar por Direito Criminal, não comportadas neste artigo, mas destaco que utilizarei aqui indistintamente as duas denominações, com preferência pela segunda.

[7] Decreto n. 22.213, de 14.12.1932, da autoria de Vicente Piragibe, o qual só foi revogado expressamente pelo Decreto n. 11, de 18.1.1991.

[8] Esse não merecia ser lembrado como Presidente da República, mas uns totalitaristas populistas o fizeram herói. Veja-se o que dispõe a Lei n. 12.326, de 15.9.2010: “Art. 1º Será inscrito no Livro dos Heróis da Pátria, que se encontra no Panteão da Liberdade e da Democracia, em Brasília, o nome de Getúlio Dornelles Vargas.” Tal lei foi sancionada por Luiz Inácio Lula da Silva.



[9] MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2.008. p. X.

[10] BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 5.3.2017, às 11h30.

[11] BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 5.3.2017, às 16h56.

[12] GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. 1, t. 1, p. 198.

[13] Publicado no Diário da Câmara dos Deputados, em 24.8.2000. p. 44.962. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=24/08/2000&txpagina=44962&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=24/08/2000&txpagina=44962&altura=650&largura=800)>. Acesso em: 23.2.2012, às 12h28.

[14] Exemplificando o elevado nível de conhecimento jurídico dos componentes da comissão, seu presidente foi Alberto Silva Franco.

[15] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 14.

[16] FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1.999. p. 135.

[17] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 353.

[18] Ibidem. p. 276-277.

[19] FERREIRA, Alex. Comissão do novo Código de Processo Penal recebe primeiras sugestões ao projeto. *Direito e justiça*, 7.4.2016, às 20h25. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>>. Acesso em: 14.2.2018, às 17h48.

[20] Exposição de Motivos n. 689, n. 7.

[21] BRASIL. Presidente da República. Mensagem Presidencial n. 1.447, de 25.11.1998. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1998/Mv1447-98.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm)>. Acesso em: 2.8.2017, às 11h26.

[22] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 439-440.

[23] PIMENTEL, Carolina. Cardozo admite que o sistema prisional do país está quase medieval. Brasília: EBC, Agência Brasil, 3.5.2011. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-05-13/cardozo-admite-que-sistema-prisional-do-pais-esta-em-situacao-quase-%E2%80%9Cmedieval%E2%80%9D>>. Acesso em: 17.8.2015, às 21h42.

[24] Tal decisão, considerarei absurda porque um Vereador de Nova Soure (BA) foi condenado em 2004 e cumpriu 3 anos de suspensão, conforme determinou a sentença que transitou em julgado. Depois teve novo mandato, mas lhe foi negada nova candidatura com base no julgamento anterior.

[25] Operação Mãos Limpas que inspira a Lava Jato. Ela se deu no início da década de 1990. Veja-se: MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. O artigo de autoria do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, de 2004, sobre a Operação Mãos Limpas. "Mani Pulite", videnciando suas práticas na Operação Lava Jato. Disponível em: <<http://sidiojunior.blogspot.com.br/2015/09/o-artigo-de-autoria-do-juiz-federal.html>>. Acesso em 14.1.2018, às 20h49.

[26] Ibidem.

[27] CONJUR. Comportamento público: Operação mãos limpas não diminuiu a corrupção, afirmam juízes italianos. 27.3.2016, às 16h49. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-27/operacao-maos-limpas-nao-diminuiu-corrupcao-dizem-juizes-italianos>>. Acesso em: 15.2.2018, às 23h27.

[28] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 77.

[29] GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

[30] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 640.

[31] STF. Pleno. Recurso Extraordinário n. 929670. Min. Luiz Fux. Voto vista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE929670votoLF.pdf>>. Acesso em: 15.2.2017, às 1h40.

[32] COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3, p. 315.

[33] MIGALHAS: STJ - Na falta de presídio semiaberto, preso deve ficar no regime aberto ou em prisão domiciliar: A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu *habeas corpus* a um preso beneficiado com a progressão para o regime semiaberto, que continua em regime fechado por falta de local para cumprimento da pena mais branda. Os ministros determinaram que ele seja imediatamente transferido para um estabelecimento compatível com regime semiaberto ou, na falta de vaga, que aguarde em regime aberto ou prisão domiciliar. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI134948,31047-STJ+Na+falta+de+presidio+semiaberto+preso+deve+ficar+no+regime+aberto>>. Acesso em: 16.1.2018, às 20h22.

[34] BRASIL. CFP realiza movimento Contra o Monitoramento Eletrônico. 8.1.2009. Disponível em: <<http://www.crp09.org.br/portal/noticia/287-593>>. Disponível em: 16.1.2017, às 18h04.

[35] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 19.

[36] FRAGOSO, Heleno. Alternativas da pena privativa de liberdade. Apud COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3, p. 315.

## INTERVENÇÃO FEDERAL TARDIA NO RIO DE JANEIRO

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Em maio de 2017 já ostentávamos claramente nosso posicionamento no sentido da imposição de uma mais que necessária intervenção federal por parte do Governo Federal capitaneado por Temer.

Lamentavelmente por descaso com não apenas com o Rio, mas com o nosso país, com uma gestão mais preocupada com as questões políticas de manutenção no poder, referida medida de austeridade e tutela ao ser humano restou sonogada deixando a população carioca convivendo diariamente com o mais completo caos.

A medida que clamávamos enfim só foi tomada agora, na metade de fevereiro de 2018, quando foi necessária a perda completa da paz social, a morte desmedida de seres humanos que nada tinha a ver com a bandalha que se instalara no Rio de Janeiro.

Inelutavelmente as dificuldades financeiras do estado federado em comento forneceram subsídios a mais para que o Rio se transformasse em uma praça de guerra. Some-se a isso a incompetência da gestão administrativa do Rio e os inúmeros desvios de finalidade que restaram perpetrados. A violência desmedida é uma das consequências de um estado federado acéfalo, sem comando...

As forças armadas tomam o controle com possibilidades de modificação na questão de segurança do estado do Rio de Janeiro. O interventor tem amplo controle neste momento no que se refere o decreto. A intervenção é para o caso em tela absolutamente constitucional, democrática, fundamentada pelas questões fáticas que se apresentam

Enfim, os fundamentos não se modificaram, por isso reingressamos com nosso artigo absolutamente atual para o presente momento.

O Rio de Janeiro talvez viva hoje o mais profundo caos sistêmico de sua história. A partir de uma gestão que enamorou com altas doses de incompetência, desvios de finalidade e corrupção sistematizada, o Rio parece abandonado aos maiores descabros e sem perspectivas. Com um inaceitável índice de violência após o tráfico retomar o controle paralelo do estado, sem conseguir pagar nem mesmo o seu funcionalismo, com uma dívida pública “impagável”, com sucessivos bloqueios nas contas do estado e com serviços públicos fundamentais quando prestados, prestados indignamente, tem ainda o pior desempenho entre os estados brasileiros em matéria de postos de empregos fechados no ano de 2017.

### **Do conceito, normas constitucionais pertinentes e princípios**

**Intervenção federal** é medida excepcional de interferência da União nos Estados-membros ou no Distrito Federal, suprimindo, temporariamente, a autonomia dos referidos entes, nos limites das hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal.

*Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:*

*I - manter a integridade nacional;*

*II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;*

**III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;**

*IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;*

*V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;*

*B) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;*

*VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;*

*VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:*

*A) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*

- B) direitos da pessoa humana;
- C) autonomia municipal;
- D) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- E) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

*I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;*

*II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;*

*III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII; III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*IV - de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*§ 1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.*

*§ 2º - Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.*

*§ 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.*

§ 4º - *Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.*

Do conceito extraem-se os princípios. São eles os princípios da excepcionalidade, taxatividade e temporariedade.

Pela excepcionalidade temos que, a intervenção federal será medida de caráter excepcional, tendo em vista que a regra do federalismo é a autonomia dos entes. Assim apenas excepcionalmente implementa-se uma ingerência na autonomia com o fito de restabelecer-se o equilíbrio perdido.

Pela taxatividade temos que, as hipóteses constitucionais representam *números clausus*, não havendo de se falar portanto em rol exemplificativo.

Pela temporariedade temos que, necessariamente existirá um prazo determinado fixado de duração da ingerência. Advém da própria excepcionalidade da medida que não poderá durar senão pelo período de instabilidade. Caso o prazo estabelecido não revele-se suficiente nada obsta o estabelecimento de novo prazo à título de prorrogação também com o seu respectivo termo final.

### **Do pedido de intervenção no Rio, procedimento e conclusão**

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, apresentou ao Supremo Tribunal Federal pedido de intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, levando em conta a situação de comprometimento do regular funcionamento do Tribunal de Contas. Local (TCE-RJ), decorrente do afastamento liminar, por 180 dias, de seis de seus sete conselheiros pelo Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo seria assegurar o cumprimento eficiente do dever de “prestação de contas da administração pública direta e indireta”, previsto no artigo 34, inciso VII, alínea d, da Constituição Federal, que trata das possibilidades de intervenção federal.

O desequilíbrio entre os poderes pela corrupção é uma ameaça à soberania. Quando estão presos todos menos uma dos conselheiros do TCE por vultosos desvios funcionais imbricados com a corrupção. Quando

temos conhecimento de que o estado do Rio de Janeiro esteve governado por um dos maiores corruptos da história deste país e que hoje vive um continuísmo sistematizado com a atual gestão. Quando a cidadania da pessoa comum resta vilipendiada por uma segurança pública corrupta e incapaz de garantir o mínimo de dignidade à pessoa humana no seu direito de ir e vir. Quando essa cidadania acaba encabulada por serviços públicos fundamentais mal prestados como saúde e educação e segurança em um estado declaradamente incapacitado para honrar seus compromissos com o seu funcionalismo, percebemos a falência de substancial parcela do estado.

Em verdade percebemos que há uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número indeterminado de pessoas. Há um quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais, há em verdade um estado de coisas inconstitucional – ECI – no estado do Rio de Janeiro, marcado pela omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. O estado do Rio de Janeiro necessita de profundas mudanças estruturais e tendo em vista sua desorganização política e insolvência financeira não denota-se capacitado de por si só restabelecer uma ordem pública equilibrada.

Assim, na hipótese de grave perturbação da ordem pública, a intervenção – pelo presidente da República – é decretada sem apreciação prévia do Congresso Nacional ou do Poder Judiciário, cabendo ao chefe do Poder Executivo especificar amplitude, prazo e condições da intervenção, bem como nomear Interventor. Nesse caso o Presidente consultaria o Conselho da República e o Conselho da Defesa, sendo certo que o parecer dos conselhos na seriam vinculantes, apenas de caráter opinativo.

Caso o Presidente entenda pelo decreto de intervenção para por termo ao grave comprometimento da ordem pública estabelecido no Rio de Janeiro nos lindes do art. 34, III da Constituição Federal. O decreto de intervenção deverá ser remetido ao Congresso Nacional no prazo



peremptório de 24 horas para que possa o Congresso avaliar se foi ou não adequada a medida excepcional. Importante que, a partir do decreto já está deflagrada a intervenção, mas a decisão final do CN vinculará o Presidente da República, que se decidir pela inadequação da medida a intervenção deverá cessar sob pena da prática por parte do Presidente de crime de responsabilidade nos termos do art. 85, II da CRFB.

Há nestes termos a adoção do controle por meio dos freios de contrapesos – *checks and balances* – realizado pelo CN, mas é possível ainda que haja controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o decreto de intervenção, que irá averiguar não a questão política, mas se houve burla de alguma norma procedimental constitucional posta.

Finalizamos firmando entendermos imperioso para o estado do Rio de Janeiro que se proceda ao decreto de intervenção federal. A violação persistente dos mais basilares direitos humanos habilitando o cidadão do Rio de Janeiro tão apenas a uma degradante vida indigna de intolerável insegurança cotidiana, com serviços públicos essenciais não prestados ou mal prestados, com o estado intoxicado pela fumaça de corrupção de seus agentes que atinge devastadoramente os órgãos públicos, reverbera sim, uma situação da mais completa ausência normalidade no estado, incapaz para o restabelecimento do seu equilíbrio por suas próprias forças.

O exercício de cidadania com mínima dose de dignidade no Rio de Janeiro hoje se encontra umbilicalmente atrelado às forças políticas federais. É preciso vontade política do Presidente da República para avocar responsabilidade nos termos que a Constituição lhe disponibiliza, e que o Congresso ratifique que a intervenção é medida mais que necessária, imperiosa. Não é momento, não cabe mais omissão.

Importante notar, que pertencer o governador do Rio de Janeiro ao mesmo partido político do Presidente da República não pode retratar impedimento político para o decreto de intervenção. É necessário agir no interesse público!

## O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

**ANTÔNIO AUGUSTO SOUZA DIAS JÚNIOR:**

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Tributação Internacional pelo IBDT. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas.

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar criticamente a compreensão atual da doutrina brasileira a respeito do planejamento tributário, bem como apontar possíveis vertentes que se entende mais adequadas aos princípios constitucionais tributários e ao estado atual da ciência jurídica.

O planejamento tributário costuma ser definido pela doutrina como a organização dos negócios de uma pessoa física ou jurídica com o objetivo de evitar, reduzir ou postergar a incidência tributária. Pode ser entendido como um direito decorrente da liberdade de fazer ou deixar de fazer algo que não seja vedado ou exigido por lei (CF, art. 5º, II).

Pode também, por outro lado, ser compreendido como um dever do administrador da empresa, pois não se admite que o administrador conduza os negócios da empresa de forma a pagar uma carga tributária o mais elevada possível. Essa constatação decorre do artigo 1.011 do Código Civil, segundo o qual o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

A compreensão do planejamento deve ser feita à luz da constitucionalização do Direito, que não se dá apenas no Direito Civil, Administrativo ou Processual, mas também no Direito Tributário. Significa que as normas tributárias, além de se inserirem no próprio texto constitucional, devem obediência aos princípios constitucionais, à luz dos quais devem ser interpretadas. Essa necessidade decorre do pós-positivismo, fenômeno que surgiu após a Segunda Guerra Mundial e que abarca não só a constitucionalização do Direito, mas também a centralidade das constituições no ordenamento jurídico, a força normativa dos princípios

e a reaproximação entre o Direito e a ética. Ou seja, o direito tributário não pode se isolar numa divisão incomunicável de normas legais. Deve, por outro lado, buscar a realização dos valores fundamentais encartados na Constituição, guiado pela ética no mister de regular as relações entre o ente tributante e o contribuinte.

Ao se analisar o planejamento tributário nos dias atuais, não cabe mais a análise fria e mecânica dos negócios empresariais à luz da estrita legalidade e da tipicidade fechada, como preconiza a doutrina tradicional. A pura e simples análise da regra matriz de incidência tributária pode conduzir a resultados nefastos e que aprofundam uma desigualdade de tratamento entre contribuintes, privilegiando não simplesmente o astuto, mas o poderoso e bem assessorado, em detrimento do empresário de poucos recursos, mas não menos importante para a economia nacional e a geração de empregos.

Desse modo, a mera operação de subsunção pode falhar nos casos em que o contribuinte se utiliza de artificialidades jurídicas para encobrir a substância do ato ou negócio, fugindo à tributação pela invocação de uma visão deturpada e mal intencionada do princípio da legalidade estrita.

Percebe-se que enquanto a legalidade e a segurança jurídica pode ser utilizada como defesa do contribuinte na legitimidade de certos planejamentos tributários, os princípios da isonomia e da capacidade contributiva permitem ao Fisco questionar certos negócios e operações. Basicamente existem duas correntes acerca dos limites ao planejamento tributário:

a) aquela que define que os limites ao planejamento tributário são apenas aqueles impostos pelo legislador, podendo os contribuintes exercer seus negócios pelas mais diversas formas, desde que não incorram em violação à lei. Para essa corrente, as autoridades fiscais não podem desconsiderar atos ou negócios praticados de acordo com a lei, sob o fundamento de que os atos ou negócios do contribuinte teriam como objetivo exclusivo a redução da carga tributária. Esses doutrinadores fundamentam-se, basicamente, nos princípios da legalidade, da tipicidade cerrada do direito tributário e da segurança jurídica, além da livre iniciativa econômica

assegurada pela Constituição. Essa doutrina interpreta a norma tributária à luz do positivismo. Ilustrando esse posicionamento, Hugo de Brito Machado assevera que a Constituição de 88 garante a livre iniciativa econômica, impedindo a tributação por analogia em face da consagração do princípio da legalidade tributária, segundo o qual os contribuintes só podem ser tributados na medida em que consentirem por meio de seus representantes parlamentares.

b) aquela segundo a qual o planejamento tributário deve ser limitado também pelos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Essa posição defende que o Direito Tributário não pode ser excluído do fenômeno pós-positivista da constitucionalização do Direito, devendo também haver uma aproximação entre o Direito e a Ética no âmbito tributário. Além disso, a jurisprudência dos valores deve realizar uma ponderação entre os princípios da legalidade e segurança jurídica, de um lado, e os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, de outro. Para Marco Aurélio Greco, por exemplo, a capacidade contributiva não é apenas um limite negativo ao poder de tributar, mas também um comando positivo, devendo haver tributação onde se detectar a capacidade econômica.

A capacidade contributiva em sua acepção positiva determina a identificação, pela norma tributária, das manifestações de riqueza do contribuinte, o que se relaciona com a interpretação econômica do direito tributário, a qual por sua vez privilegia o conteúdo econômico das relações jurídicas, em detrimento do formalismo (análise dos fatos, e não dos rótulos). Originária do direito alemão, a interpretação econômica do direito tributário é repudiada pela doutrina formalista, para a qual o direito tem metodologia própria e não pode ser influenciado por critérios econômicos, próprios de outro campo de estudo. Contudo, a própria Constituição atual, em seu artigo 145, § 1º, gradua a tributação segundo a capacidade econômica do contribuinte, devendo a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Para os autores adeptos da interpretação econômica, esta seria apenas uma decorrência da interpretação teleológica, pois o legislador tributário, ao instituir um tributo sobre determinado fato gerador, está buscando alcançar um conteúdo econômico presente em certos atos e negócios jurídicos.

Percebe-se que o antagonismo entra as duas posições acima decorre do peso que se dá aos princípios: enquanto a primeira corrente concentra-se nos princípios da legalidade, segurança jurídica e na livre iniciativa, a segunda valoriza mais a isonomia e a capacidade contributiva, daí surgindo conclusões totalmente opostas sobre os limites do planejamento tributário e que terão implicações na análise de casos práticos da ordenação dos negócios jurídicos do contribuinte.

Contudo, além desses princípios existe um outro fator cuja análise e relevância conferida será determinante para a averiguação da legitimidade do planejamento tributário.

Trata-se do propósito negocial.

Um planejamento tributário possui propósito negocial quando a ordenação dos negócios do contribuinte tem finalidade societária, objetivando assim um aperfeiçoamento da atividade econômica e algum resultado diverso da exclusiva economia de tributos. Caso a finalidade de um determinado negócio, operação ou reorganização societária fosse exclusivamente a economia tributária, o autoridade administrativa poderia desconsiderar tais atos e aplicar a norma tributária evitada pelo contribuinte.

A doutrina norte-americana identifica o propósito negocial com base em três testes:

- a) teste da permanência da reorganização societária;
- b) teste da vantagem societária, pelo qual a reorganização deve assegurar um benefício à sociedade remanescente;
- c) teste da economia fiscal, pelo qual não são lícitas as reorganizações se o único escopo for o de reduzir tributos.

Desse modo, o propósito negocial é exigido pela doutrina que requer limites maiores ao planejamento tributário, devendo o contribuinte, ao organizar seus atos e negócios, buscar uma finalidade negocial, e não um motivo exclusivamente tributário.

Para a corrente oposta, por outro lado, a motivação exclusivamente tributária na organização dos negócios do contribuinte é perfeitamente legítima, já que a economia de tributos levaria necessariamente a uma otimização da atividade empresarial, uma vez que a carga tributária representa um dos custos do empreendimento.

A identificação de uma ordenação de negócios do contribuinte como válida ou não revelará se houve elisão (economia de tributos legítima) ou evasão (fraude à lei tributária com o intuito de subtrair-se do dever de pagar tributos).

Na esfera administrativa federal, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) possui o entendimento firmado no sentido de que se deve exigir a presença do propósito negocial no planejamento tributário para que este seja inquestionável pelo Fisco.

Como se vê, a exigência do propósito negocial confere grandes poderes à administração para desconstituir operações empresariais.

E foi no intuito ampliar o controle da fiscalização tributária sobre os planejamentos tributários que a Lei Complementar 104/2001 acrescentou ao artigo 116 do CTN um parágrafo único, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

O fundamento constitucional da norma acima repousa no artigo 145, § 1º da CF, segundo o qual 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.

Muitos doutrinadores apontam esse dispositivo como uma norma geral antielisão, proibindo-se as condutas evasivas do contribuinte com o poder geral conferido à autoridade tributária.

Embora a norma fale que a autoridade administrativa “poderá”, trata-se de um poder-dever, já que a atividade da autoridade fiscal é plenamente vinculada, nos termos do artigo 3º do CTN. Em relação aos atos a serem desconsiderados, percebe-se que eles representam atos caracterizadores da evasão (dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária). Não obstante, denominou-se de norma geral antielisão, levando alguns autores a crer que o legislador teria optado por evitar a elisão lícita.

Ocorre que o dispositivo fala expressamente em atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular, dando a entender tratar-se de um combate a atos ilícitos.

Essa divergência de compreensão da norma possui ligação com a cisão na doutrina a respeito do propósito negocial. Aqueles que aceitam os planejamentos tributários realizados com a finalidade exclusiva de pagar menos tributos entendem que o parágrafo único do artigo 116 do CTN só poderia ser utilizado contra manobras evasivas, jamais contra a elisão fiscal.

Já os que exigem a presença do propósito negocial para a legitimidade dos planejamentos tributários consideram o dispositivo comentado como um mecanismo de combate à elisão. Nesse sentido, tem-se que os negócios jurídicos praticados com o único propósito de fuga à imposição tributária não encontram sustentação jurídica, sendo viciados, posto que representam agressão à solidariedade social.

De qualquer modo, o parágrafo único do artigo 116 do CTN exige regulamentação por lei ordinária, o que foi feito pela Medida Provisória 66/2002, que perdeu sua eficácia por não ter sido convertida em lei.

Em que pese não produzir efeitos, referida medida provisória possibilitava expressamente, em seu artigo 14, a desconsideração de negócios praticados sem o propósito negocial, o que seria indicado pela opção por forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

Diante da ausência de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, o debate entre os autores formalistas e aqueles que privilegiam a substância permanece acalorado.

Em que pese o respeito da doutrina formalista, ganha força a ideia de que o direito tributário não se rende a uma veneração cega e incondicional ao princípio da legalidade estrita, tendo em vista a interpretação teleológica propiciada pela interpretação econômica e pela aplicação dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva em sua acepção positiva.

A consideração do princípio da igualdade, como ideal de justiça fiscal, deve levar em conta que não existe uma única espécie de contribuinte, impotente diante do Fisco. Pelo contrário, há situações em que grandes corporações multinacionais são detentoras de enorme poderio econômico, sendo capazes de escapar da norma tributária em hipóteses nas quais empresas de menor porte contribuem para os cofres públicos. Tal situação coroa a astúcia e a concentração de riquezas, prejudicando gravemente o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 187, define como ato ilícito o exercício de um direito fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (abuso de direito).

Um cenário como esse não é, de maneira alguma, o buscado por qualquer ideal de direito e justiça, não podendo prevalecer diante da força normativa dos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.



## O CARNAVAL DO REFERENDO

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

Durante o carnaval de 2018, foi exibida uma matéria jornalística que não despertaria tanta curiosidade se a situação vivida pelo povo brasileiro nos últimos anos tivesse sido diferente. Conduzidos por puxadores de samba destacados sobre um carro de som, milhares de foliões cariocas cantavam a música que ficou famosa na voz da cantora Simone: “Como será o amanhã?”. Muitas pessoas têm plenas condições de esclarecer esta dúvida, e de forma bem didática. Sem nenhuma necessidade de consultar o oráculo por intermédio de videntes ou cartomantes, quem quiser a resposta, basta procurar um cidadão que não esteja nas ruas entoando os clássicos carnavalescos. Este indivíduo dirá com precisão que o amanhã, com certeza, será muito pior do que o ontem.

A evidência está no fato de que nesta “Cidade Maravilhosa cheias de encantos mil” continuará entrando arma, droga, e bilhões de dólares que serão convertidos em vultosas propinas para corromper agentes públicos desacreditados e mal pagos. Como se não bastasse, ainda surgirão muitos delegados covardemente executados dentro da mala de um carro, entre juízes e promotores pegos em emboscada nos portões de suas casas. Policiais militares seguirão caçados como ratos por traficantes muito bem armados, e serão enterrados com bandeiras sobre o caixão na proporção de um por dia, segundo os noticiários locais. E para as crianças tombarem despedaçadas no asfalto a tiros de fuzil, não haverá data nem hora marcadas. Diante deste cenário, órfãos e viúvas encontrarão razão para cantar pelo resto da vida, com a pureza da alma, o clássico de Dalva de Oliveira: “Bandeira branca amor / Não posso mais / Pela saudade, / Que me invade, eu peço paz.”.

Dias antes das festividades, o Ministro da Defesa Raul Jungmann havia anunciado um suposto plano a fim de garantir o bem estar da população, principalmente a que vive (sobrevive) no Rio de Janeiro. De forma muito semelhante à missão realizada em meados do ano passado, vários agentes da área de segurança pública foram convocados para que, diariamente, no mesmo horário, ficassem posicionados em áreas estratégicas, ou seja, bem longe dos pontos de conflito, revistando motoristas apavorados por estarem atrasados com o pagamento do IPVA. A mobilidade é tanta, que se não fosse pelo diâmetro das cabeças dos brigadistas, nossos irmãos pernambucanos iriam reclamar de suposta apropriação cultural. Estáticos como os postes nas esquinas, podem ser facilmente confundidos com os bonecos de Olinda. Não havia como o resultado ser diferente daquele obtido no projeto anterior: milhões de reais desperdiçados por um desfile de fardas imponentes.

Quanto à violência sexual, a campanha do “não é não” claro que também não serve para absolutamente nada, ou era sério o projeto do governo ao pretender sensibilizar uma legião de tarados por intermédio de propagandas na televisão, quando sequer a escala penal de seis a dez anos para o tipo penal do estupro tem sido capaz de inibir o crime? Aliás, há um comercial alertando para que não mantenham relações sexuais com prostitutas de doze anos de idade. Incrível é a naturalidade com que admitem a submissão de nossas crianças a essa degradante miséria humana, como se a bestialidade estivesse no limite do aceitável. Por outro lado, não se tratando de criança ou adolescente, tudo pode! Tudo mesmo, exceto urinar na rua, pois este ato não é higiênico, transmite doença, atenta contra a saúde pública, e, em alguns casos, o ultraje público ao pudor. Quanto ao beijo na boca, por exemplo, a visão é bem diferente. Quando não domina os refrãos, tornam-se até títulos de inúmeras músicas das paradas de sucesso, do início ao fim do carnaval. Tanto nos blocos quanto nas micaretas, há quem participe de competição para ver quem consegue trocar maior quantidade de saliva com dezenas ou centenas de nobres desconhecidos. Somente na quarta-feira de cinzas saberemos como andam as estatísticas sobre o aumento significativo de doenças como herpes, sífilis, candidíase, meningite, mononucleose, tuberculose (doença que já se encontra fora de controle), entre tantas outras, para as quais o poder público não dispõe de medicamento suficiente. E para aqueles em que o beijo foi

apenas uma preliminar, ajudarão o Brasil a ascender na colocação entre os recordistas de pacientes contaminados pelo vírus HIV, bem como pelo HPV, que vem disseminando o câncer de útero e de pênis em pacientes que mal entraram na puberdade. Tudo isso, sem contar a gravidez indesejada, multiplicando a incidência de morte de jovens gestantes nas clínicas clandestinas de aborto.

Nos últimos anos, o carnaval vem renovando o seu repertório. Chegaram à conclusão de que algumas músicas instigavam o preconceito referente à etnia e sexualidade. Assim, nessa onda hipócrita de parecer politicamente correto, foram vedadas marchinhas tradicionais como “Olha a cabeleira do Zezé”, “O teu cabelo não nega” e “Maria Sapatão”. O curioso é que na falta dos cantos tradicionais, resolveram adaptar alguns *funks*, sertanejos universitários (com perdão da contradição do termo) e até o *rock’n’roll* para preencher o vazio, e, quem sabe, seduzir mais adeptos à Festa da Carne. Assim, em substituição, foram consagradas músicas que trazem em seu refrão passagens como “não sei se dou na cara dela ou bato em você” e “que tiro foi esse, viado!”. Creio que feministas e homossexuais não tenham se sentido preservados e prestigiados com as inovações “artísticas”, mas ao menos devem estar torcendo para que tais “pensadores” contemporâneos não venham ser referenciados nas próximas redações do Enem.

Apesar de estar bastante desgastada, a letra de Ivan Ferreira apresenta-se como a mais adequada à nossa realidade: “Ei, você aí! / Me dá um dinheiro aí! / Me dá um dinheiro aí!”. Claro que devemos admitir que esta forma de tratamento não se coaduna à linguagem atual, hoje proferida em outros termos pela bandidagem, a exemplo do “perdeu! perdeu!”. Em todas as esferas, os governos também não desafinam nessa melodia, e fazem destes versinhos a trilha sonora do ano inteiro, transformando o Brasil no país com a maior carga tributária do planeta. Palhaço não é mais fantasia, é indumentária de trabalhador, que se quiser rir de si mesmo, deve se vestir de boleto bancário, fatura ou DARF.

Para alguns, o fato de estarmos vivendo o maior índice de desemprego da história, gerado por uma sucessão de governos corruptos e incompetentes, não deve ser visto como fundamento para suspender as

festividades patrocinadas com dinheiro público. Convém registrar, que, em breve, a dispensa em massa atingirá também os funcionários públicos, a começar por aqueles que estão em estágio probatório, embora muitos prefiram se enganar com o mito da estabilidade Fim da aposentadoria, falência de empresas, cancelamento dos investimentos estrangeiros, sucateamento dos institutos de pesquisas vinculados às universidades, moradores de rua, expansão das favelas, cracolândias, todas estas desgraças, infelizmente, há quem as compreenda como simples detalhes, parte do cotidiano de uma nação civilizada. Acham também que o surto de febre amarela, doença fatal que se espalha por todo o território nacional, não se mostra grave suficiente para calar os gritos de “Allah-La Ô”. Interessante notar que esses indivíduos são exatamente os mesmos que consideram países como o Iêmen, Bangladesh, e a vizinha Venezuela, como países culturalmente atrasados. Ocorre que esses povos possuem pleno discernimento para reconhecer a ausência de motivos que justifiquem a farra, e só saem às ruas em blocos quando para protestar contra os traidores da nação. Se estivessem financiando carnavais com recursos públicos, assistiríamos a tudo tão chocados quanto os europeus agora se mostram ao notarem nossas reações diante do caos: arrastões nas praias que nos lembram das cenas típicas exibidas em documentários sobre os ataques das hienas. Não foi por acaso que um estudo recente desenvolvido na Inglaterra apontou o povo brasileiro como o terceiro mais idiota do mundo. México e Índia, por enquanto, aparecem na nossa frente, mas não ficaremos espantados se algum dia for revelado que o Brasil ofereceu propina para trocar o ouro pelo bronze.

Agora fica fácil de entender por que somente os viadutos caem em Brasília, nada mais. O carnaval recordista de público em 2018 referendou os planos do Governo Federal para o Brasil, que agora segue em frente com a certeza de que a população reclama à toa, sem qualquer razão, pois com “tantos risos, tanta alegria”, somos mais de duzentos milhões de “palhaços no salão”. O clima de euforia significa, claramente, que nesta terra onde a cultura agoniza o “não” é “sim”.

## **A INVIABILIZAÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E A SUA RESTRIÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA**

**HELOISA GABRIELE DE MELO:**  
graduanda em Direito pela Universidade  
de Ribeirão Preto/SP-UNAERP.

**Resumo:** Esse artigo trata-se da Uniformização da Jurisprudência Trabalhista após a Reforma, ou seja, sobre a Inviabilização da uniformização da jurisprudência trabalhista, no sentido de restringir a aplicação das jurisprudências após a lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista.

**Palavras-Chave:** Direito Do Trabalho. Reforma Trabalhista. Uniformização das jurisprudências. Inviabilização.

**SUMÁRIO:** 1-INTRODUÇÃO. 1.1-A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA APÓS A REFORMA. 1.2-CONCLUSÃO. 1.3-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### **1.-Introdução**

Com a lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista, houve uma inviabilização da uniformização da jurisprudência trabalhista, no sentido de restringir a aplicação das jurisprudências conforme será demonstrado a seguir.

O art.8, parágrafo segundo incluído pela reforma trabalhista:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

## 2 - A Uniformização da Jurisprudência Trabalhista após a Reforma

Esse mencionado parágrafo prevê que não poderá ser restringidos direitos legalmente previstos e nem criar obrigações que não estejam previstas em lei, quando se tratar de sumulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo tribunal superior do trabalho e pelos tribunais regionais do trabalho. Mas, sabemos que pelo princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei.

Em uma palestra, o Procurador Geral do trabalho, Ronaldo Curado Fleury, relatou algumas dificuldades por essa inviabilização, sendo a primeira delas, a regra em relação a necessidade de pelo menos 2/3 de seus membros; já a segunda é matéria sendo decidida de forma idêntica, e a terceira é a unanimidade da decisão em no mínimo 2/3 das turmas em 10 sessões seguidas.

No mais, o procurador diz que: “A ideia é impedir a evolução da jurisprudência e restringir acesso à Justiça e que foram criadas regras para impedir que os juízes uniformizem jurisprudência. *“Tudo porque o legislador não confia no trabalho dos juízes”*, destacou.”.

Em outros aspectos, quando tratar de Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho, o parágrafo 3º do artigo 8º da CLT, passou a determinar que a justiça do trabalho deva analisar exclusivamente a conformidade do negócio jurídico, além de respeitar o artigo 104 do Código Civil, sendo balizado pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Ademais, o artigo 611-a, parágrafo 1, da CLT, acrescentado pela reforma, dispõe que na justiça do trabalho deve observar o referido art(parágrafo 3º do artigo 8º da CLT), também no exame de Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho.

Nesse contexto, segundo o artigo 926 do Código de Processo Civil, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência a mantendo de forma

estável, coerente e íntegra. No mais, de acordo com o artigo 927 do CPC, ou seja, com os mecanismos de segurança jurídica, tais como, audiência pública, modulação dos efeitos, et Cetera. Com isso, cabe aos tribunais do trabalho interpretar e aplicar as novas determinações legais relativas à sua atividade jurisdicional e à consolidação de sua jurisprudência.

### **3-Conclusão**

Vejamos que com a revogação do artigo 896, parágrafo 3º a 6º, ficou “extinto” o incidente de uniformização de jurisprudência nos TRTs. Com isso foi fixado um novo regime jurídico diante dos efeitos da jurisprudência no âmbito trabalhista. Isso previsto na nova redação do artigo 8º, parágrafo segundo da CLT, bem como restringir as disposições legais para efeito da aprovação da sumula, e as exigências previstas na nova redação do artigo 702, I, “f”, ou seja, a jurisprudência trabalhista não poderá criar obrigação não prevista em lei, bem como restringir as disposições legais e a exigência da maioria de 2/3, com a aprovação unânime em 2/3 das turmas do TST em 10 seções seguidas.

### **4-Referências bibliográficas:**

<https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/noticias-juridicas/ronaldo-fleury-uniformizacao-da-jurisprudencia-trabalhista-apos-a-reforma>

<https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/gustavo-garcia-reforma-trabalhista-restringe-aplicacao-jurisprudencia>

<http://www.regrastrabalhistas.com.br/doutrina/atualizacao-cdpt/4102-uniformizacao-da-jurisprudencia-sumulas-e-outros-enunciados-reforma-trabalhista>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)

## DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA:** PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE/SP). JUIZ TITULAR DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DE SÃO PAULO. EX-ADVOGADO DA UNIÃO. EX-ASSESSOR DE MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PÓS GRADUADO EM DIREITO PÚBLICO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. PALESTRANTE DA OAB/SP. AUTOR DE LIVROS E DE ARTIGOS JURÍDICOS.

**RESUMO:** O presente artigo, elaborado a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva analisar, com um viés histórico-constitucional e crítico, a sentença e a coisa julgada, elencando sua evolução histórica, o seu conceito e posteriormente fazendo uma análise comparativa entre a legislação anterior e as disposições do atual Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE.** Sentença. Coisa Julgada. Código. Processo. Civil.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. Sentença. 1.1. Evolução do conceito. 1.2. Requisitos e efeitos produzidos. 2. Coisa Julgada. 2.1. Origem, conceito e espécies de coisa julgada. 2.2. Requisitos da coisa julgada. 2.3. Efeitos (ou limites) da coisa julgada. 2.4. Exceções à coisa julgada. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### INTRODUÇÃO

A doutrina nacional narra que o berço da sentença e da coisa julgada foi o Direito Romano primitivo (ou das legis actiones), que compreendeu o período entre a fundação de Roma (754 a. C.) até o ano 149 a. C..

Naquela época, o processo era dividido em duas fases ou estágios, que se desenvolviam de forma oral e solene: a primeira fase tinha como figura principal o pretor (ou magistrado), sendo conhecida como “in iure”, por meio da qual o juiz concedia ou não a ação e apresentava a fórmula escrita



para o caso concreto; a segunda fase tinha como figura principal o árbitro e os jurados, sendo chamada de “in iudicio”, na qual as provas eram produzidas e a sentença era proferida.

Frise-se que, ante a precariedade do sistema processual à época, o árbitro não era uma autoridade e sequer um funcionário do Estado, tampouco havia a figura do advogado, sendo que as partes postulavam pessoalmente em juízo.

Assim, para o Direito Romano antigo, o processo era tido como instrumento de aplicação da lei para os casos concretos postos em juízo (res in iudicium deducta), culminando na edição de um ato de vontade estatal, denominado sentença (sententia), que punha termo final ao processo e produzia a coisa julgada (res iudicata), decidindo de forma definitiva acerca do mérito da demanda e do destino do bem jurídico disputado pelos litigantes, no sentido da condenatio (condenação) ou da absolutio (absolvição).

Não havia previsão, na época do Direito Romano, do termo “decisão interlocutória”, ou seja, para os romanos, somente a sentença poderia traduzir a vontade da lei e decidir acerca do destino de determinado bem jurídico.

Acrescente-se, ainda, que o procedimento romano da “legis acciones” somente se aplicava aos cidadãos romanos, não abarcando os estrangeiros em território romano.

Durante a segunda fase do Direito Romano, conhecida como “período formulário”, que vai do ano de 149 a. C. até o Século III d. C., o sistema processual per formulas substituiu o anterior sistema da legis acciones, sendo aplicado também aos estrangeiros. Essa fase caracterizou-se, ainda, pela redução do rigor formal e das solenidades, pelo ingresso da figura do advogado e do princípio do contraditório, pelo livre convencimento do magistrado, bem como pelo fato de que a obrigatoriedade do cumprimento da sentença passou não mais a ser decorrência da autoridade de quem decidia, mas sim pela convenção entre o autor e o réu acerca do cumprimento do que viesse a ser decidido pelo árbitro.

Na terceira fase, conhecida como “cognitio extraordinária”, que vigeu no período de 294 a 534 d. C., a função jurisdicional passou a ser exclusiva de funcionários do Estado, e não mais de árbitros privados. Desse modo, um mesmo juiz passou a conhecer da causa e, ao final, prolatar e executar a sentença. A partir dessa fase, surgiu a semente que posteriormente foi resgatada no direito processual civil moderno, materializado de forma escrita, com contraditório e ampla defesa, sendo que a obrigatoriedade da sentença passou a se justificar pelo fato de o juiz ser um funcionário do Estado.

A fase do processo romano-barbárico foi marcada pelo retrocesso jurídico, pois, com a queda do império romano (476 d. C.), a jurisdição passou a ser exercida por assembleias populares de homens livres, com procedimentos de forma oral e o compromisso das partes em acatar as decisões tomadas, que eram irrecorríveis. Ao juiz cumpriria somente fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o resultado do experimento.

Por fim, no processo civil moderno, foi atribuída ao magistrado a livre análise das provas e da sua produção. A jurisdição, a sentença e a coisa julgada voltaram a ser entendidas como expressão da vontade soberana do Estado, tendente à pacificação social, com natureza de interesse público e dotadas de soberania, com presunção de validade e de eficácia.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 e o atual CPC de 2015, assim como a maioria dos Códigos civis europeus, seguem esse entendimento.

## **1– Sentença**

### **1.1– Evolução do conceito**

Durante o direito romano, conforme visto acima, o conceito de sentença limitava-se ao pronunciamento do pretor (ou juiz) que viesse a rejeitar ou acolher o pedido do autor, resolvendo o mérito da demanda e aplicando a lei definitivamente ao caso concreto, pacificando, assim, os conflitos sociais.

Nesse sentido, anteriormente à edição da Lei nº 11.232/2005, o conceito de sentença apresentado pelo CPC de 1973 era “o ato do juiz que colocava termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Assim, o legislador anterior à lei 11.232/2005 adotou o critério topológico, definindo o ato como sentença caso encerrasse definitivamente o processo e como decisão interlocutória caso combatesse ato jurisdicional proferido no curso do processo.

Em razão das alterações ao CPC de 1973 promovidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005, o processo passou a ser sincrético, em que há uma fase preliminar de conhecimento e uma fase posterior de execução – e não mais dois processos distintos. Dessa forma, o conceito de sentença passou a ser definido como “o ato do juiz que implica em uma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta lei”.

Verifica-se que a mencionada alteração legislativa procurou adequar o conceito de sentença à realidade pela qual passa a sociedade, tendo em vista que, a título de exemplo, os provimentos jurisdicionais que determinam o cumprimento de uma obrigação de fazer, de não fazer, de entrega de coisa e de pagar quantia em dinheiro não encerram o processo, mas dão início a uma nova fase, que é denominada de cumprimento de sentença.

Segundo a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, “de acordo com a nova sistemática, os atos executivos devem praticar-se à guisa de prosseguimento do processo em que se julgou, sem solução de continuidade. Em outras palavras: passa a haver um só processo, no qual se realizam sucessivamente a atividade cognitiva e a executiva” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. In Comentários ao código de processo civil, 12 ed. Rio de Janeiro, v. V, 2005, p. 241 e ss.).

Ante o exposto acima e há luz das disposições do novo Código de Processo Civil, não podemos definir mais a sentença como um ato que extingue processo, mas sim como um pronunciamento judicial que contém uma das hipóteses dos arts. 485 ou 487, incisos e parágrafos, do novo CPC, e que poderá ou não extinguir o processo.

## **1.2 – Requisitos e efeitos produzidos**

Nos termos do art. 489, I a III, do CPC de 2015, os requisitos essenciais da sentença são os seguintes:

*I- o relatório que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;*

*II- os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;*

*III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.*

Em relação ao relatório, em regra, será requisito essencial da sentença, entretanto, há uma exceção, prevista no art. 38, caput, da Lei n. 9.099/95, no que tange aos Juizados Especiais Cíveis, onde as sentenças proferidas dispensam o relatório, *in verbis*: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.”

Ademais, a jurisprudência pátria tem admitido, em diversos casos, que o juiz faça referência ao relatório feito em outra decisão proferida no processo, desde que, por óbvio, não cause prejuízo às partes (relatório per relationem).

A fundamentação constitui garantia essencial ao jurisdicionado, pois por meio dela será possível às partes entenderem o raciocínio utilizado pelo magistrado para decidir a causa à luz das provas produzidas no decorrer da lide, possibilitando a interposição de recursos de forma mais objetiva.

O dispositivo é a conclusão da sentença, no qual o magistrado resolverá as questões a ele submetidas pelas partes, reconhecendo ou não o direito de ação e a procedência ou não do pedido. A sentença será chamada de ultra petita quando decidir além do pedido feito pelo autor, de extra petita quando for proferida sem ter havido qualquer pedido nesse sentido e de citra petita quando deixar de analisar o pedido formulado pelas partes.

Embora o atual Código de Processo Civil não tenha trazido alterações na previsão da legislação pretérita quanto aos requisitos da sentença, o parágrafo primeiro do referido artigo foi inovador, ao prescrever as hipóteses nas quais o legislador não considera fundamentadas as decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, tais como nos casos em que o juiz limita-se a indicar ou a reproduzir o ato normativo, a invocar precedente ou enunciado de súmula, a empregar conceitos jurídicos indeterminados ou a utilizar-se de argumentos genéricos, sem analisar o caso concreto.

Assim dispõe o mencionado dispositivo legal:

*§ 1º Não se considera fundamentada **qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão**, que:*

*I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

*V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

*VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Referido parágrafo do art. 489 da lei está sendo questionado por associações da classe dos magistrados, que o taxam de inconstitucional, uma vez que violaria princípios constitucionais, por exemplo, da independência do Judiciário e o da celeridade processual, porquanto, segundo a ótica das referidas associações, o legislador estaria se imiscuindo na atividade jurisdicional, ditando regras de como o juiz deverá decidir o caso concreto.

Quanto aos efeitos da sentença, a doutrina os divide em principais e secundários: os efeitos principais são aqueles que decorrem diretamente do conteúdo da decisão, tais como, por exemplo, a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica (sentenças meramente declaratórias), a previsão de sanção que incidirá caso a parte sucumbente deixar de cumprir o comando sentencial (sentenças condenatórias) e a criação, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica (sentenças constitutivas).

Quanto aos efeitos secundários, segundo a doutrina, são aqueles decorrentes de previsão legal, ou seja, não são consequência do conteúdo da decisão, mas de uma determinação legislativa específica. São efeitos indiretos e automáticos que resultam do fato de a decisão existir.

No CPC de 1973, podemos citar como efeitos secundários da sentença: (1) a concessão de tutelas específicas nas obrigações de fazer ou não fazer, ou as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento (art. 461, §§ 1º a § 6º), (2) a concessão de tutela específica na ação que tenha por objeto a entrega de coisa (art. 461-A, §§ 1º a 3º); e (3) a constituição de hipoteca judiciária, no caso de condenação do réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa (art. 466).

No CPC de 2015, os efeitos da sentença supramencionados foram condensados no art. 495, que estabelece que a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

O CPC de 2015 inova, ainda, prevendo no art. 491 que, na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá (de ofício) desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo e não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido ou a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

Por fim, segundo a redação do art. 494 , I e II, do CPC de 2015, publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: a) para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; e b) por meio de embargos de declaração, não havendo inovações em relação à redação do art. 463, I e II, do CPC de 1973.

## **2- Coisa julgada**

### **2.1- Origem, conceito e espécies de coisa julgada**

A origem da coisa julgada, tal como a da sentença, decorre do Direito Romano (*res judicata*), onde era utilizada principalmente por razões práticas de pacificação social e de atribuição de certeza final ao processo.

Nos termos do art. 502 do CPC de 2015, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso; o CPC de 1973, por sua vez, definia, no art. 467, a coisa julgada material como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Logo, o termo “sentença”, previsto na legislação pretérita, foi substituído pela expressão “decisão de mérito”, o que abrange também as decisões interlocutórias de mérito.

A coisa julgada se divide em formal e material.

A coisa julgada formal é a impossibilidade de modificação da decisão judicial dentro do mesmo processo, em razão da preclusão dos recursos. Todavia, o tema atingido pela coisa julgada formal poderá ser questionado

em nova relação jurídica processual. A coisa julgada formal é uma qualidade comum a todas as decisões, de mérito ou não.

Já a coisa julgada material é a impossibilidade de alteração da decisão judicial dentro do mesmo processo ou em qualquer outro, tendo em vista que os seus efeitos se irradiam para além do processo no qual foi decidida a questão.

Apenas as decisões judiciais de extinção do processo com resolução de mérito fazem coisa julgada material, uma vez que, nos termos do art. 486, caput, do novo CPC, “o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação”.

Desse modo, os pronunciamentos judiciais sem resolução de mérito possibilitarão a nova discussão da lide em outro processo, desde que (a) a parte corrija o vício que levou à sentença sem resolução do mérito nos casos de extinção por litispendência e nas hipóteses dos artigos 485, I, IV, VI e VIII, e (b) o autor comprove, quando da propositura da nova ação, o pagamento ou o depósito das custas e dos honorários de advogado (art. 486, §§ 1º e 2º, do novo CPC).

Importante citar, também, a inovação contida no art. 488 do CPC de 2015, ao prescrever que, “desde que possível, o juiz resolverá o *mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485*”. Isso demonstra uma grande preocupação do legislador para que o mérito seja decidido logo, formando a coisa julgada material e impedindo a nova propositura de ações judiciais.

## **2.2 – Requisitos da coisa julgada**

Relativamente à coisa julgada formal, observa-se que o requisito para a sua produção é mais simples, ou seja, basta o trânsito em julgado decisão proferida pelo juiz no processo, independente do exame ou não do mérito da lide. Contudo, como já visto, os seus efeitos limitar-se-ão ao processo no qual proferida a decisão.

Já para a configuração da coisa julgada material, os requisitos são mais complexos, pois envolvem, concomitantemente: a) a existência de um



processo constituído de forma válida e regular; b) o adequado exercício do direito de ação; c) a prolação de uma decisão de mérito, nos termos do art. 487 do novo CPC; e d) o trânsito em julgado dessa decisão judicial, ou seja, a impossibilidade da interposição de recursos.

### **2.3 – Efeitos (ou limites) da coisa julgada**

Podemos diferenciar os efeitos (ou limites) da coisa julgada em objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, a coisa julgada material produz efeitos objetivos, sendo o primeiro deles o efeito positivo, que gera a vinculação do julgador de outra causa ao que foi decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida, ou seja, o juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo, pois a coisa julgada sempre deverá ser levada em consideração.

Observe-se, nesse sentido, o art. 503 do CPC de 2015, que estabelece que, “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, com pequena alteração em relação ao art. 468 do CPC de 1973, que continha o termo “sentença”.

Importante inovação consta do parágrafo 1º e incisos do art. 503 do novo CPC, no sentido de que as questões prejudiciais, decididas expressa e incidentalmente no processo, também poderão fazer coisa julgada material, desde que, concomitantemente, sejam preenchidos os seguintes requisitos: a) dessa resolução depender o julgamento do mérito; b) a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; c) o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal; e d) no processo não houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Sobre a previsão supra, verificamos que o novel legislador processual inclinou-se no sentido da utilidade e da eficácia processual, tendo em conta que, quanto maior a parte do conflito que puder se tornar imutável, maior será o atendimento ao escopo social do processo.

Importante ressaltar, entretanto, que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não fazem coisa julgada material (art. 469, caput, I e II, do CPC/1973, sem alterações no CPC de 2015, cf. art. 504, I e II).

Entendemos, com todo respeito e amparados na doutrina de Barbosa Moreira (1967), que o legislador, nesse ponto, se equivocou, uma vez que, caso a imutabilidade fosse estendida também aos motivos da sentença, a pacificação do conflito se daria em maior amplitude, evitando o surgimento de novas lides (eficácia negativa da coisa julgada) e simplificando o julgamento de outros processos idênticos (eficácia positiva da coisa julgada).

O efeito negativo, por sua vez, impede que a questão principal seja novamente julgada em outro processo, nos termos do art. 505 do CPC de 2015: “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos na lei”, regra que não inovou a previsão do art. 471, caput, I e II, do CPC de 1973.

Há, ainda, o efeito preclusivo, ou seja, com a formação da coisa julgada, preclui a possibilidade de rediscussão de dos argumentos suscitados pelas partes, conforme dispõe o art. 474 do CPC/1973: “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Referida regra consta também do art. 508 do novo CPC, com pequena modificação, com substituição do termo “sentença” pelo termo “decisão”.

Ademais, é vedado às partes discutir, no curso do processo, as questões já decididas a cujo respeito e operou a preclusão (art. 507 do CPC de 2015, com redação semelhante ao art. 473 do CPC de 1973).

Em relação aos efeitos subjetivos da coisa julgada, a regra do art. 506 do CPC de 2015 é clara de que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, o que inovou em relação ao

art. 472 do CPC de 1973, que previa que a sentença faziz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, salvo nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados.

#### **2.4 – Exceções à coisa julgada**

Por fim, as principais exceções à coisa julgada, citadas pela doutrina e pela jurisprudência, são as seguintes:

a) O cabimento da ação rescisória, que permite a modificação da decisão no prazo de até 2 (dois) anos do seu trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais;

b) As decisões proferidas em relações de caráter continuado, como o pagamento de pensão alimentícia, que não transitam em julgado caso haja alteração da situação fática que ensejou a sua prolação;

c) A possibilidade de modificação das sentenças em processos de investigação de paternidade, proferidas anteriormente à existência do exame de DNA, uma vez que, de acordo com entendimento do STJ, o exame de DNA constitui “documento novo” para fins do ajuizamento da ação rescisória;

d) Erros materiais e de cálculo, que também não transitam em julgado, podendo ser corridos de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada.

#### **CONCLUSÃO**

Vimos que o conceito de sentença anterior à lei 11.232/2005 adotava o critério topológico, definindo o ato como sentença caso encerrasse definitivamente o processo e como decisão interlocutória caso combatesse ato jurisdicional proferido no curso do processo.

Em razão das alterações ao CPC de 1973 promovidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005, o processo passou a ser sincrético, em que há uma fase preliminar de conhecimento e uma fase posterior de execução – e não mais

dois processos distintos. Dessa forma, o conceito de sentença, posteriormente a 2005 e em especial à luz do atual Código de Processo Civil de 2015, passou a ser definido como o pronunciamento judicial que contém uma das hipóteses dos arts. 485 ou 487, incisos e parágrafos, do novo CPC, e que poderá ou não extinguir o processo.

Embora o art. 489 do atual Código de Processo Civil não tenha trazido alterações na previsão da legislação pretérita quanto aos requisitos da sentença (relatório, fundamentos e dispositivo), o parágrafo primeiro do referido artigo foi inovador, ao prescrever as hipóteses nas quais o legislador não considera fundamentadas as decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, tais como nos casos em que o juiz limita-se a indicar ou a reproduzir o ato normativo, a invocar precedente ou enunciado de súmula, a empregar conceitos jurídicos indeterminados ou a utilizar-se de argumentos genéricos, sem analisar o caso concreto. Tal dispositivo é alvo de críticas doutrinárias, que o taxam de inconstitucional, por supostamente ofender o princípio da independência dos magistrados no ato de fundamentar.

Nos termos do art. 502 do CPC de 2015, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso; o CPC de 1973, por sua vez, definia, no art. 467, a coisa julgada material como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Logo, o termo “sentença”, previsto na legislação pretérita, foi substituído pela expressão “decisão de mérito”, o que abrange também as decisões interlocutórias de mérito.

A coisa julgada se divide em formal (produz efeitos apenas dentro do processo) e material (produz efeitos dentro e fora do processo), e os seus requisitos variam, sendo que, para a coisa julgada formal, basta haver o trânsito em julgado da decisão (de mérito ou não), e, para a coisa julgada material, são exigidos requisitos mais complexos, tal como o trânsito em julgado de uma decisão de mérito.

Em relação aos efeitos (ou limites) da coisa julgada, é importante destacar a inovação do parágrafo 1º e incisos do art. 503 do novo CPC, no sentido de que as questões prejudiciais, decididas expressa e

incidentalmente no processo, também poderão fazer coisa julgada material, desde que, concomitantemente, sejam preenchidos alguns requisitos previstos naquele dispositivo.

Por fim, a doutrina elenca alguns limites à coisa julgada, a exemplo da possibilidade do ajuizamento de ação rescisória, das relações de caráter continuado, nos casos de investigação de paternidade que envolvam novas técnicas (como o exame de DNA), e a existência de erros materiais ou de cálculo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 12 ed. Rio de Janeiro, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro, 1967.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 49. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora RT, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Inovações no processo civil brasileiro**. 2ª edição. Curitiba. Editora Juruá: 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pesquisa de julgados em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Data da pesquisa: 15/11/2017.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENSINO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À IGUALDADE: TEORIA E PRÁTICA EM UNIDADES SELECIONADAS DE CURITIBA**

**CAROLINE AGUIDA FIORI:** Pós-graduanda lato sensu pela UFPR, graduada em Direito pela OPET e graduanda em História pelo Centro Universitário Internacional Uninter.

**Resumo:** Este trabalho analisa o princípio da igualdade inscrito na Constituição Federal de 1988 dedicado especificamente às pessoas com deficiência. É perquirida a noção de política pública para assegurar que haja inclusão de indivíduos que sofrem dificuldades para ter acesso às mesmas condições de ensino das pessoas que não padecem de deficiência. Para tanto, são detalhadas as noções de i) princípio; ii) igualdade; iii) política pública; iv) pessoa com deficiência. Para além do estudo em abstrato, apresenta-se pesquisa em campo realizada a partir das experiências profissionais individuais nesses primeiros dez anos de século XXI, especificamente em unidades selecionadas no Município de Curitiba-PR. Com isso, busca-se fazer comparação entre a teoria insculpida em diplomas legais com a praxe do ambiente educacional, ressalvada, obviamente, a limitação do estudo às unidades visitadas. Portanto, feito estudo teórico sobre os objetivos dispostos na Constituição e nas leis, analisa-se a prática. Em seguida, fazem-se sugestões.

**Palavras-chave:** pessoa com deficiência; igualdade; políticas públicas.

**Sumário:** 1- Introdução; 2- Objetivos; 3- Metodologia Aplicada; 4- Noção de Princípio; 5- O Princípio da Igualdade e os Contornos Teóricos da Constituição de 1988; 6- Igualdade material e Igualdade formal; 7- Igualdade como direito fundamental; 8- Políticas Públicas; 9- Evolução Histórica das Políticas Públicas; 10- Estrutura das Políticas Públicas; 11- Definição de pessoas com deficiência; 12- Evolução sobre as conceituações que as pessoas com deficiência receberam com o passar do tempo; 13- Políticas Públicas municipais da Cidade de Curitiba para pessoas com Deficiência; 14- Resultados; 15- Conclusão, 16- Referências.

## **1- INTRODUÇÃO**

O Direito à Igualdade é princípio constitucional inscrito na Constituição Federal de 1988. No entanto, seu conteúdo depende de esforço hermenêutico, pois há classificações distintas do que se poderia entender por igualdade, sendo a diferenciação mais comum aquela que separa igualdade material da igualdade formal.

Este trabalho pretende especificar i) o que se entende por princípio; ii) a igualdade como princípio da CF de 1988; iii) a necessidade prestacional para se assegurar o direito à igualdade.

Em seguida, analisa-se a noção de políticas públicas, instrumental típico dos Estados para oferecer à comunidade de destino os meios materiais de se alcançar a igualdade material.

Por fim, estuda-se especificamente a política pública direcionada à pessoa com deficiência, consubstanciada contemporaneamente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com base em pesquisa de campo, analisam-se as condições de atendimento das pessoas com deficiência em Curitiba-PR, especialmente em unidades escolares selecionadas.

## **2- OBJETIVOS**

Estudar as políticas públicas educacionais de promoção da pessoa com deficiência, tendo como base a legislação brasileira e, especificamente, a curitibana. Após fazer análise abstrata das noções de “princípio”, “deficiência” e “políticas públicas”, estuda-se a prática das políticas de promoção da pessoa com deficiência. Embora não haja intenção de analisar todo o Brasil tampouco todo o município de Curitiba-PR, apresenta-se estudo derivado de pesquisa de campo em unidades de educação especificadas.

A partir dessa análise preliminar, apontam-se deficiências e qualidades.

## **3- METODOLOGIA APLICADA**



Revisão bibliográfica e estudo de campo em unidades educacionais selecionadas, no lapso de tempo abaixo indicado, no Município de Curitiba-PR.

#### **4-NOÇÃO DE PRINCÍPIOS**

O princípio, na Constituição de 1988, “(...) aponta a necessidade de clarificar a estrutura normativa fundamental do Estado (...) vai em busca de constituir um Direito Constitucional principialista”[1], nos quais se baseiam em concepções sistêmicas, estruturantes, funcionais e institucionais.[2] Dentro desta estrutura normativa fundamental que o Estado contém, encontramos estes princípios como espécies morfológicas as quais atendem diferentes graus de concretização.[3] Segundo CANOTILHO e DWORKIN, “Os princípios seriam normas juridicamente vinculantes, que têm em vista os reclamos de Justiça, acrescentando numa ideia de direito, enquanto as normas podem ser vinculantes, iludindo um conteúdo funcional”[4].

Princípios são diretrizes básicas que estão ligadas às decisões políticas imprescindíveis. Estes qualificativos fundamentais são basilares para o Estado, servindo de suporte para as suas atividades, conforme se denota do art. 5º, CF.

#### **5-O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS CONTORNOS TEÓRICOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O princípio é responsável por estruturar o regime dos direitos fundamentais. Contém a função tríplice de delimitar as atividades de i) legislador, ii) intérprete, e iii) particulares.[5]

O princípio da Igualdade foi adotado pela Constituição de 1988 com o objetivo de proporcionar igualdade de oportunidades, igualdade virtual. A partir desta concepção, vedam-se todas as possibilidades de se diferenciar de modo arbitrário, por estar realizando um tratamento diferenciado. No entanto, é possível o tratamento iníquo. Esse tratamento desigual é uma das exigências que o próprio conceito de justiça faz, pois o que as protege são as suas finalidades específicas. Portanto, só há lesão ao princípio da igualdade quando o elemento discriminador não possui uma finalidade acolhida pelo próprio direito. A igualdade tem por objetivo equivaler as condições sociais, não apenas por meio das leis, mas por meio de políticas

ou programas de ações estatais. Para Fabio Konder Comparato, a igualdade possui uma eficácia transcendente que ataca todas as desigualdades arroladas na Constituição, como as regionais. Essas desigualdades não são admitidas pela Constituição e sua supressão é ordenada por mandamento constitucional, hierarquicamente superior.[6]

O princípio da igualdade busca aplicar o direito do caso concreto. Segue duas características fundamentais, a saber, i) aplicação da norma geral e abstrata para todos os casos concretos, e ii) possibilidade de discriminar de acordo com embasamento legal e constitucional.[7]

## **6- A IGUALDADE MATERIAL E A IGUALDADE FORMAL**

As igualdades, tanto material como formal, surgem em meio da Revolução Francesa, que foi composta de grupo de revolucionários os quais sempre tentavam diminuir o poder do Estado, promovendo o bem-estar social. Neste período vigorava o Estado Absolutista. O Absolutismo tinha monarca que se considerava representante da vontade divina, acima dos particulares, quem não tinham corpo de direitos e deveres bem definidos.

Com a Revolução Francesa, a ideia da igualdade entre cidadãos, membros de um só corpo nacional, exsurge. No entanto, críticos do liberalismo político apontavam que a igualdade formal fazia-se insuficiente, pois não considerava as necessidades e possibilidades diferenciadas.

O princípio da igualdade acabou subdividindo-se em dois tipos de igualdade. São as igualdades formal e material. Elas estão presentes nos art. 5º, I e art.7º, XXX, da CF de 1988.[8]

Estas igualdades contêm um paradigma normativo que foi explicado por Kelsen. A igualdade material é composta de normas escritas e não escritas, sendo as escritas determinadas por atos arbitrários da pessoa humana. Já as normas não escritas não podem ser plenamente codificadas. Trata-se de estrutura mista. Por outro lado, a igualdade formal é um documento escrito que está no topo do ordenamento do direito positivo; elas existem para certificar a sua validade.[9]

A igualdade material perante a lei demonstra ser um dos pressupostos para que o legislador aplique os direitos sociais. O Estado de Direito observa que não é o tutor de seus cidadãos, assim, não lhe cabe o papel de órgão condutor nos quais delimita os passos de cada pessoa, garantindo o sucesso final, independente de méritos pessoais. Mas o Estado

de Direito deve zelar pela igualdade de oportunidades, pelo tratamento diferenciado, respeitoso das diferenças consideradas substanciais.

Para Frischein, a desigualdade é composta por diversos fatores que acabam, por motivos diversos, fazendo uma separação entre grupos; esta separação acaba sendo feita por meio das classes ou dos círculos sociais. As desigualdades são enfrentadas por meio dos direitos sociais, conforme art.6º da CF de 1988.[10]

*“Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção, à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados como na forma da Constituição.”*[11]

Estes direitos fundamentais são direitos básicos e necessários ao cidadão individualmente tomado. Assim, as normas gerais acabam entrando em conformidade com o seu sentido subjetivo.[12]

Nesse sentido, a socióloga Sylvia Walby afirma que a estrutura da Constituição, em seu aspecto formal, tem por objetivo agregar todas as características, que estão expressas não apenas na Constituição, mas nas Emendas Constitucionais e nos Tratados Internacionais que contêm a estrutura das Emendas Constitucionais.

A estrutura formal da Constituição pode até ser considerada rígida, pois a codificação engessa a literalidade da redação. Entretanto, além da interpretação literal, é necessária hermenêutica mais ampla, capaz de abranger modificações que ocorrem ao tempo da interpretação. Essa leitura material da Constituição concretiza o princípio da igualdade, pois abrange, temporalmente, desigualdades não previstas pela redação original.

Por conseguinte, além de oferecer os elementos estruturantes dos Estados nacionais, as Constituições também representam, desde o século XVIII, instrumento de direitos e garantias essenciais para a vida comunitária.

Quem acabou por instituir a Constituição sob o aspecto formal foi Hans Kelsen, “que define a Constituição como normas que não necessitam de um conteúdo específico, que buscam validar os direitos positivos dentro de um sistema que possui uma divisão sobre o tipo que a Constituição possui”.[13] Hans Kelsen acabou formulando a noção de Constituição como documento solene, composto por um conjunto de normas jurídicas que podem ser modificadas mediante a observância de prescrições especiais, cujo objetivo é dificultar a modificação de tais normas. Para Kelsen são

normas fundamentais que servem de parâmetro para a constitucionalidade, que está inserida no texto constitucional.

No Brasil, o preâmbulo da Constituição Federal, ao ver do STF e da maioria da doutrina, não possui normas constitucionais, pois não faz parte da Constituição Formal. A Constituição contém duas partes, que se subdividem em parte orgânica e parte dogmática. A parte orgânica está relacionada com a divisão do exercício do poder político, podendo ser territorial e funcional; são matérias próprias da Constituição, que estão presentes no art. 1º da CRFBR.[14]

*“ Art.1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- Soberania. II- Cidadania. III - Dignidade da pessoa humana. IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. V- Pluralismo jurídico. Parágrafo único: todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”.[15]*

Segundo BULOS, “esta situação acaba estabelecendo a forma do Governo que é representada pela República (...) que é composta pelo Executivo, Legislativo e Judiciário (...) estas normas são as responsáveis por organizar o Estado”.

A parte dogmática está ligada aos direitos, garantias e remédios constitucionais, por ser considerada a parte central do documento escrito. Possui poder normativo, mas não é a única que possui estas prerrogativas dentro da Constituição. Ela tem por objetivo prolongar a eficácia de determinados direitos e deveres ao longo do tempo, buscando assegurar que determinados predicados e determinadas prerrogativas não sejam facilmente suprimidos, pois relevantes para a vida social do país. Nisso, esses direitos e deveres apenas poderiam ser alterados mediante Emenda Constitucional, cujo procedimento é, em Constituições rígidas como a brasileira, de rito diferenciado. Necessitar-se-iam três quintos de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos distintos para que houvesse modificação da redação constitucional.[16] Ademais, se estamos tratando

de normas fundamentais, impossível a supressão de direitos, porque fazem parte das denominadas cláusulas pétreas. Mais uma vez, denota-se a vontade constituinte de preservar direitos e deveres ao longo do tempo.

## 7- IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais em nossa Constituição Federal acabam se dividindo em cinco aspectos que são i) os direitos individuais, ii) os direitos coletivos, iii) os direitos sociais, iv) direitos de nacionalidade e v) direitos políticos que estão relacionados à existência e a participação em partidos políticos. Estes direitos podem ter sido criados por ordenamentos jurídicos, por manifestações de vontade, e outros, que são reconhecidos por estarem expressos, nas cartas legislativas.

O direito fundamental é conhecido também como “liberdade pública” ou “Direito Humano”, que é um conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalizado, visando garantir o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade para o pleno desenvolvimento. Tem como características principais a **historicidade**, por conter toda a bagagem de fatos ocorridos em momentos anteriores; também cita-se a **imprescritibilidade**: não se perdem no decurso do tempo; existe ainda a **irrenunciabilidade**, ou seja, não podem ser livremente dispostos pelo indivíduo; são **invioláveis** porquanto a falta de observância determina consequências administrativas, cíveis e penais; a **universalidade** porque são direitos que estão disponíveis a todos os cidadãos; a **efetividade**, pois o Poder Público é o responsável por garantir os direitos considerados fundamentais, inclusive mediante atos coercitivos monopolizados estatalmente. Os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico que são garantidos pela Constituição. São direitos que fazem parte de uma ordem jurídica concreta.<sup>[17]</sup>

Canotilho observa que o princípio da igualdade “(...) é um dos princípios que acaba estruturando o regime dos direitos fundamentais, pois para ele ‘todos são iguais perante a lei, não podendo haver nenhuma distinção’”.<sup>[18]</sup>

Para Canotilho, as regras e princípios jurídicos fundamentais possuem um grau de diferenciação que se relaciona com as singularidades de cada cidadão.<sup>[19]</sup>

A teoria e a prática da igualdade, segundo Dworkin,<sup>[20]</sup> abrange a teoria da **igualdade distributiva**, que também é conhecida pela expressão “igualdade de bem-estar”. Ela não está relacionada com a distribuição de

poder político ou com os direitos individuais, mas com a justa distribuição de recursos existenciais, caracterizados pela finitude.[21] Ele relata que essa modalidade de igualdade é garantida quando não há necessidade de haver nenhum tipo de recurso adicional que tenha que ser substituído por outros presentes. Esta concepção de igualdade diz que as pessoas têm “direitos naturais”[22] sobre qualquer situação, e o governo acaba as tratando como iguais quando protege a sua base. Nota-se que a teoria dworkiniana padece de excessiva abstração, a qual abre margem para interpretações diversas. Ainda assim, persiste o mandamento geral segundo o qual governos devem proteger e regular a propriedade e distribuição de bens de modo que, no resultado final, assegure-se bem-estar generalizado.

No entanto, destaque-se que grupos de interesse tentam exigir do governo resultados que não dizem respeito necessariamente ao bem-estar generalizado, mas à distribuição de bens, de oportunidades e de desejos especificamente grupais. Nisso, deve o legislador e o agente político serem capazes de discriminar, com sua margem de discricionariedade, quais bens e direitos realmente acarretam, para toda a sociedade, bem-estar generalizado, ainda que oferecidos apenas a setores específicos da comunidade política.

## **8- POLÍTICAS PÚBLICAS**

São definidas por MEAD[23] como sendo um conjunto de ações, as quais irão introduzir efeitos específicos. Elas apresentam, de um modo geral, campos multidisciplinares tendo como foco central as explicações sobre a natureza da política pública e os seus processos, que buscam sistematizar as teorias construídas nos campos da sociologia, da ciência política e da economia.

A política pública é um campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, acionar o governo ou analisar os efeitos práticos da ação governamental. Ela apresenta uma autonomia relativa do Estado, que possui diferentes capacidades para a implementação de objetivos os quais variam muito por conta do desenvolvimento histórico de cada país.

## **9- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O estudo das Políticas Públicas ocorre entre os séculos XVII e XIX, tendo como atividade principal a manutenção da segurança política interna e a preservação da propriedade privada.

Já no século XX, com o passar do tempo, o Estado fica responsável por promover o bem-estar social, que acaba exigindo uma atuação diferenciada. Isso para resolver os problemas específicos da comunidade. As políticas públicas surgem nos Estados Unidos da América, em meados do século XX. Nesse período, as políticas acabam se inspirando nas ações que a ideologia política inspirava.

Estas medidas acabam sendo introduzidas na estrutura do Estado por meio de quatro estudiosos:[24] H. Lasewell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton. Lasewell inicia este estudo ainda na década de 30, tendo como objetivo conciliar o conhecimento científico/acadêmico com a produção empírica do governo. Lindblom acaba questionando a ênfase do racionalismo de Lasewell. Com isto, Simon propõe outras variantes a estrutura das políticas públicas. Easton contribui para estruturar a definição da política pública como sistema ou como relação entre definição, formulação, resultado e ambiente. Aos poucos, estas medidas passam a ser analisadas como algo único.

## **10- ESTRUTURA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas possuem subsistemas, os quais são compostos por um número específico de conjunções de estratégias, que se distinguem por conta dos valores, crenças e ideias, além dos recursos de que dispõem.

As arenas sociais são as responsáveis por empreender as atividades das políticas públicas (integra o ator a política)[25], que acabam constituindo as redes sociais (grupos que visam à defesa de direitos sociais)[26]. Estas, por sua vez, atenuam o campo de ação individual. As redes, muitas vezes, restringem as ações individualmente consideradas e, com isto, as suas estratégias. Conformam, assim, estruturas, que se definem como conjunto de ações que limitam o campo de atuação individual.

Os subsistemas conformam um processo político decisório, que cuida das questões de forma. A forma assegura a credibilidade perante o público, que, assim, apresenta maior propensão a aceitar o que é disposto pelo Estado.

As políticas públicas são definidas abstratamente pelo Poder Público, mas nem sempre os resultados práticos estão de acordo com o que foi planejado. Isso porque há diversos fatores e níveis de decisões que se apresentam em instâncias diferentes. Nisso, nota-se que nem sempre existem prazos bem definidos para a consecução dos planos.

Portanto, os resultados dependem da implementação realizada de acordo com percepções subjetivas sobre as alternativas. A execução corresponde à aplicabilidade da ação. Nesse aspecto, a avaliação é processo fundamental para que se possa afirmar eficácia do que foi imaginado, bem como para poder oferecer ao indivíduo participante noção sobre a eficácia do que foi disposto pelo governo.

## **11- DEFINIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A definição de pessoa com deficiência está expressa no decreto 3.298 de 1999 e regulamentada pela lei 7853 de 1989[27], que abrange um grande número de situações que versam sobre anomalias físicas, psíquicas, fisiológicas, que muitas vezes são de difícil caracterização. Segundo Roberto Bolonhini Junior[28]:

“O sistema normativo pátrio aponta diferenças entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade, e também elenca os seus diversos tipos, tais como física, mental, auditiva, visual e múltipla, objetivando alcançar toda e qualquer pessoa que apresente uma espécie de anomalia físico-psíquica, aparente ou não”.

De acordo com o CIDID/1980[29] – a deficiência é conceituada como uma repercussão imediata da doença sobre o corpo, impondo uma alteração estrutural ou funcional a nível tecidual ou orgânico.

Seguindo esta linha podemos afirmar que:



- a) Deficiência é toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica, ou anatômica que gera a incapacidade para o desempenho da atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.
- b) Deficiência permanente é aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere apesar de novos tratamentos.
- c) Incapacidade é uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações essenciais ao bem-estar pessoal ou atividade a ser exercida. ”[30]

## **12- EVOLUÇÃO SOBRE AS CONCEITUAÇÕES QUE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA RECEBERAM COM O PASSAR DO TEMPO**

Atualmente se utiliza para estas pessoas a denominação de “pessoa com deficiência”, por representar a condição que a pessoa se encontra, porém, estas denominações nem sempre foram assim.

Entre a década de 90 e o ano 2000, era muito comum a utilização da terminologia da “pessoa com necessidades especiais”, a qual está sendo extinta por não representar aspectos concretos sobre a respectiva denominação, por dar a ideia de que a pessoa não se importava com a sua condição; esta denominação também caracterizava uma ideia eufemística.

Igualmente ultrapassada é a expressão “pessoa portadora de deficiência”, pois a portabilidade transmite a ideia de que seria possível abrir mão da deficiência.

Neste sentido, a melhor expressão a se utilizar é “pessoa com deficiência”[31], porque, além de não ser eufemística, não transmite a noção de que a deficiência incapacita a pessoa para todas as atividades cotidianas, porquanto, na maior parte das vezes, a deficiência apenas afeta alguns aspectos da vida comum.

### 13- POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DA CIDADE DE CURITIBA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As políticas públicas existentes no município de Curitiba-PR são muito escassas a esta parcela da sociedade, porque essas políticas abrangem tão somente dois campos, que são i) acessibilidade e ii) educação.

A educação propriamente dita é realizada em locais específicos, os quais buscam treinar e qualificar estas pessoas ao mercado de trabalho. Agentes públicos, muitas vezes, prejudicam a capacidade técnica ou cognitiva da pessoa com deficiência, sem atentar às especificidades individuais[32]. Isso quando há políticas destinadas a pessoas com deficiência, uma vez que basicamente restringidas a escolas públicas municipais e estaduais. Nas escolas privadas, sequer se nota política interna de inclusão de pessoas com deficiência, muito menos política capaz de oferecer educação acorde às particularidades da deficiência.

As escolas particulares, por mais que possuam uma infraestrutura melhor, por vezes não aceitam estas pessoas dada a necessidade de atendimento diferenciado. Assim, denota-se preconceito velado dessas instituições em relação a pessoas com deficiência.

A implementação destas políticas se tornaram obrigatórias por conta da delimitação da Lei de Inclusão, que é popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015), a qual foi inspirado pela Convenção de Nova Iorque, a qual gera a obrigatoriedade destas ações ao Estado. A resistência dos estabelecimentos de ensino privado já se faz notar[33]. A CONFENEN ofereceu Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o estipulado no art. 28, §1º c/c art. 30, Lei 13.146 de 2015:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar (...)

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, **sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas**

## mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações (grifo nosso)

Entretanto, essa resistência não tende a persistir, graças à eficácia horizontal – ou seja, entre particulares – dos direitos fundamentais<sup>[34]</sup>. Essa noção já é bem aceita no Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de corte constitucional no Brasil.

Dito isso, pode-se afirmar que Curitiba-PR tem mais preocupação com a pessoa com deficiência do que a média dos Municípios brasileiros, até porque trata-se de uma das cidades mais ricas do país. Desde 1982, registra-se legislação sobre pessoa com deficiência. A Lei Municipal 6.327 de 1982 declarou a Associação de Deficientes Físicos do Paraná como associação de utilidade pública. Mais recentemente, criou tradutor gestual no quadro de funcionários (Lei Municipal 13.804 de 2011); exigiu cadeiras de rodas em escolas públicas e privadas (Lei Municipal 14.198 de 2012); estipulou dever de supermercados de fornecer apoio a consumidores com deficiências visuais (Lei Municipal 14.351 de 2013).

### **14- RESULTADOS**

Mesmo políticas públicas sofrem com a falta de tratamento verdadeiramente especializado para com pessoas com deficiência. Na Educação Especial Nilza Tartuce, onde foi feito trabalho de campo (2016), notou-se ausência de discriminação das reais capacidades e potencialidades das pessoas com deficiência. Essa figura era tratada homogeneamente, sem maiores preocupações com anseios individuais que porventura viesse a apresentar. Mesmo nas APAE, que têm relações bastante estreitas com o setor público, nota-se que não há o devido preparo do pessoal para que sejam bem delimitadas as necessidades, potencialidades e anseios dos atendidos.

### **15- CONCLUSÃO**

O princípio constitucional que encerra o direito à igualdade é mandamento da Constituição Federal de 1988 que segue a lógica das Constituições que se inspiram na Constituição de Weimar e na experiência

mexicana de 1917. Nelas, há mandamento para que o Estado preste serviços e ações que assegurem a igualdade material, distinta da igualdade formal presente nas Constituições liberais dos séculos XVII e XVIII.

Para além da atuação estatal, a contemporaneidade entende presente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual entes privados devem ser compelidos a oferecer ações afirmativas capazes de assegurar a inclusão. Embora haja resistência por parte dos setores privados, esta imposição é aceita pelos tribunais constitucionais ao redor do mundo, regra da qual o Brasil não é exceção.

Assim, constituíram-se políticas públicas e privadas para que se assegurasse que a pessoa com deficiência pudesse usufruir da mesma qualidade de vida que as demais.

No entanto, nota-se que o disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência tem pouco vigor prático, é dizer, pouca eficácia. Assim como ocorre em outros diplomas legais brasileiros, a lei sofre com a sempre ameaça de tornar-se letra morta.

A título de exemplo, trouxemos a Ação Direta de Inconstitucionalidade da CONFENEN, que busca o direito de exigir, das pessoas com deficiência, valores superiores para efeitos de mensalidade escolar.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é marco relevante para que se fale em genuína inclusão social, mas, para além dos direitos de cotas estabelecidos no corpo desse diploma, é necessário que os agentes públicos e os privados interessados busquem entender a individualidade de cada pessoa com deficiência. O impedimento, por vezes, não deriva da condição física ou psíquica, mas das barreiras externas. Além disso, mesmo os obstáculos fisiológicos não impedem a pessoa com deficiência de exercer inúmeras funções e competências socialmente úteis. Cabem às escolas especializadas e às instituições educacionais privadas realizar verdadeira **avaliação** da condição de cada pessoa com deficiência, de modo a satisfazer seus anseios como indivíduo, respeitadas, obviamente, as limitações que porventura façam-se intransponíveis.

## 16- REFERÊNCIAS

BATTISTELLA, Linamara Rizzo. **Conceito de Deficiência segundo a Convenção da ONU e os Critérios da CIF.** Disponível em: <<http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/274.pdf>> Último acesso em 20 de agosto de 2017.

BOLONHINI JUNIOR, R. **Portadores de Necessidades Especiais:** as Primeiras Prerrogativas dos Portadores de Necessidades Especiais e a Legislação Brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BULOS UADI, Lamengo. **Constituição Anotada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva.

CLETO, Vinicius Hsu. **A Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência:** ordenamento brasileiro e políticas públicas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 dez. 2016. Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2017.

DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz; LIMA, Gabriel Móres de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 MC/DF (publicada no DJe de 20.11.2015), com Pedido de Medida Cautelar. Relator: Min. Edson Fachin. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Decisão monocrática: pedido de suspensão da eficácia do parágrafo 1. do artigo 28 e caput do artigo 30 da Lei n. 13.146/2015 – Indeferimento da Medida Cautelar Ad Referendum do Plenário do STF.** In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3. nº 4, agosto/2016. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana:** a Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRISCHEIN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da Igualdade e o Sistema da Justiça no Brasil – Alguns Caminhos e Possibilidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e Estado.** Tradução de Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEAD, L. M. Public Policy: Vision, Potential, Limits, Policy Currents, Fevereiro: 1-4. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva.

RUA, Maria das Graças, Instituto de Gestão Economia e Políticas Públicas. **Políticas Públicas - Abordagem das Políticas Públicas** :Disponível em: Último acesso:20 de agosto de 2017.

SERPA, Maria do Carmo Aboudid Varella. **Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência**: Retrospectiva Histórica, Avanços e Desafios. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência**: da Dignidade Necessária. v.3. t.1. Vitória: CEAf, 2003.

NOTAS:

[1] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.182.

[2] Idem.

[3] Idem.

[4] BULOS UADI, Lamengo. **Constituição Anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 72.

[5] Idem.

[6] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 36-38.

[7] BULOS UADI, Lamengo, op. cit., p. 212

[8] FRISCHEIN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da Igualdade e o Sistema da Justiça no Brasil – Alguns Caminhos e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.7

[9] KELSEN Hans, op. cit., p. 182.

[10] FRISCHEIN, Luiza Cristina Fonseca, op. cit., p.5

[11] BULOS UADI, Lamengo, op. cit., p.425.

[12] Idem.

[13] Idem.

[14] Idem.

[15] Idem.

[16] Idem.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, p:233-239.

[18] Idem.

[19] Idem.

[20] DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4-5.

[21] Idem.

[22] Idem.

[23] MEAD, L. M. Public Policy: Vision, Potential, Limits, Policy Currents, Fevereiro: 1-4. 1995

[24] Para uma síntese desta trajetória, ver Parsons (1997: 278-8).

[25] RUA, Maria das Graças, Instituto de Gestão Economia e Políticas Públicas. **Políticas Públicas - Abordagem das Políticas Públicas** :Disponível em:

[26] Idem.

[27] BATTISTELLA, Linamara Rizzo. **Conceito de Deficiência segundo a Convenção da ONU e os Critérios da CIF.** Disponível em:

[28] BOLONHINI JUNIOR, R. **Portadores de Necessidades Especiais: as Primeiras Prerrogativas dos Portadores de Necessidades Especiais e a Legislação Brasileira.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-4.

[29] BATTISTELLA, Linamara Rizzo, op. cit, p. 13.

[30] BOLONHINI JUNIOR, R., op. cit., p. 3-4.

[31] SERPA, Maria do Carmo Aboudid Varella. **Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência**: Retrospectiva Histórica, Avanços e Desafios. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência**: da Dignidade Necessária. v.3. t.1. Vitória: CEAF, 2003.

[32] Para sustentar semelhante afirmação, fez-se pesquisa de campo na Escola de Educação Especial Nilza Tartuce. A visita deu-se em junho de 2016. Não se trata, porém, de caso isolado. Mesmo nas APAE notam-se prejulgamentos. Pessoas com Síndrome de Down tinham atividades bem delimitadas, sem que se notasse preocupação com o grau de intensidade da enfermidade. Novamente, fez-se pesquisa de campo entre 2006 e 2009.

[33] DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz; LIMA, Gabriel Móres de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 MC/DF (publicada no DJe de 20.11.2015), com Pedido de Medida Cautelar. Relator: Min. Edson Fachin. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Decisão monocrática: pedido de suspensão da eficácia do parágrafo 1. do artigo 28 e caput do artigo 30 da Lei n. 13.146/2015 – Indeferimento da Medida Cautelar Ad Referendum do Plenário do STF**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3. nº 4, agosto/2016. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016, p. 441.

[34] Conforme manifestado em CLETO, Vinicius Hsu. **A Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**: ordenamento brasileiro e políticas públicas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 dez. 2016. Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2017.



## PENSÃO ALIMENTÍCIA NO DIVÓRCIO: DA INEXISTÊNCIA DA CULPABILIDADE A ANÁLISE ÉTICA DO CASO CONCRETO

**IVAN BORTOLIN FERREIRA:**  
Graduando em Direito Faculdade de Educação.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo discutir o conceito de culpa no divórcio, expresso no Artigo 1.704 do Código Civil e criticar a aplicação do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, que defende a aplicação da mesma norma em variados casos concretos de divórcio, prejudicando os bons costumes e sobretudo as vítimas de condutas desonrosas de um casamento.

**Sumário:** 1. Introdução, 2. Da omissão do legislador com a definição de culpabilidade do divórcio, 3. Do conceito e da natureza jurídica do divórcio, 4. Das análises de casos concretos e da inaplicabilidade da norma auferida, 5. Conclusões, 6. Referências Bibliográficas

**Palavras-chave:** Culpabilidade no Divórcio; pensão alimentícia; definição de culpa no divórcio; condutas desonrosas.

**Abstract:** This article aims to discuss the concept of guilt in divorce, expressed in Article 1,704 of the Civil Code and criticize the application of the Single Paragraph of the same provision, which advocates the application of the same rule in various concrete cases of divorce, harming good morals and above all victims of dishonorable conduct.

**Keywords:** Guilty in Divorce; alimony; definition of guilt in divorce; dishonorable conduct.

---

### 1. Introdução

O Código Civil, especificamente na parte especial de Direito de Família, traz em sua redação o artigo 1.704, Parágrafo Único, que versa sobre uma suposta culpabilidade de um dos nubentes pelo término da

sociedade conjugal, e elenca a hipótese de um dos nubentes ter que prover a pensão alimentícia ao ex-cônjuge mesmo que este seja autor do motivo determinante do fim do casamento. Sendo assim, cabe o juízo competente analisar o caso concreto antes da aplicação de tal dispositivo.

Uma vez que o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) entrou em um entendimento por meio de seus representantes, de que a culpabilidade do divórcio é inexistente, porém sem nenhuma norma jurídica apontada para conduzir a lacuna deixada pelo legislador.

## **2. Da extinção da separação e o novo procedimento de divórcio**

A partir da Emenda Constitucional 66, do ano de 2010, foi eliminado do Direito Civil brasileiro o instituto da separação. Ou seja, a partir deste ato, os casais não precisam se separar e se divorciarem, sendo necessário apenas o divórcio para colocar fim ao laço matrimonial. Em 2007, surge a Lei 11.441/2007, que versa sobre a possibilidade do divórcio em cartório, na presença do tabelião e de um advogado, desde que não haja filhos menores de idade e litígio no que tange ao divórcio. É evidente que há uma desburocratização a fim de descongestionar as vias judiciais, que sofre com tantas demandas que poderiam ser solucionadas consensualmente.

Porém o divórcio ainda é acompanhado por algumas obscuridades, sendo uma delas o artigo 1.704 do Código Civil: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.” Em seu Parágrafo único, traz a redação: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

## **3. Da omissão do legislador com a definição de culpabilidade do divórcio**

De acordo com o Parágrafo Único do artigo 1704 do Código Civil, o legislador claramente deixa abstrato o conceito de culpa, deixando o entendimento a mercê da interpretação do magistrado, que muitas vezes não analisará o caso concreto com afinco, e nem terá condições para fazer essa suposta análise, já que muitas vezes o fim do laço matrimonial independe de culpa.

Não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, é apenas o sintoma do fim.<sup>[1]</sup>

O legislador foi omissivo neste dispositivo, abrindo espaço para que a doutrina e a jurisprudência solucionasse tal obscuridade, embora ainda tratar-se de matéria de objeção na seara jurídica.

Seria o Estado capaz, por intermédio de leis, definir o conceito de culpa do divórcio? É irrefutável que o casamento é um instituto muito mais complexo que sua definição jurídica. Por muitas vezes, a dissolução da sociedade conjugal independe de culpa, já que usualmente se dão pela inexistência de laços afetivos, uma vez que o ser humano é adepto a alterações e mudanças, evidenciando ainda mais a pujança dos valores sentimentais, sociais, psicológicos e morais.

Uma relação acaba não é por culpa, mas por responsabilidade de ambas as partes, seja porque não cuidaram, seja porque simplesmente o amor acabou, ou porque o desejo se deslocou. Talvez o fim de um amor seja um fenômeno tão misterioso quanto o apaixonamento. Talvez existam duas mágicas opostas, igualmente incontroláveis, uma que faz, outra que desfaz<sup>2</sup>

Muitos doutrinadores citam como fator de culpabilidade, condutas desonrosas, como agressão, adultério e abandono do lar, que supostamente configuram a culpa pelo fim do casamento. Porém, todas as situações devem ser analisadas com afinco, a fim da decisão ser pertinente com o caso concreto. Dificilmente o Estado conseguirá provar a culpabilidade de um dos nubentes, pois o direito de defesa do outro poderá dar cabimento a culpa recíproca ou até mesmo inverter a culpabilidade.

Lado outro, ante a principiologia constitucional, é inconstitucional discutir culpa no fim do casamento.

Ora, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e familiar, igualdade material e familiar, liberdade e autodeterminação afetiva, além da privacidade e intimidade familiar, consagrou-se a teoria do direito de família mínimo. O Estado deve intervir minimamente nas relações familiares.<sup>[2]</sup>

Existe um entendimento por parte de integrantes do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), de que não há mais culpa no divórcio, porém, no ordenamento jurídico não há nenhuma previsão legal. Não existe

nenhum rol taxativo para a definição de culpa quanto ao fim do casamento, devendo o juízo competente julgar o caso de acordo com seu entendimento.

#### **4. Do conceito e da natureza jurídica do divórcio**

Antes da Resolução do CNJ nº 175, de 14 de maio de 2013, proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, o casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família legítima. Após o avanço social expresso na referida resolução, o casamento passou a ser uma união legal entre duas pessoas, independente de seus sexos.

O conceito jurídico do divórcio é o rompimento do vínculo conjugal reconhecido pela lei. O divórcio rompe o vínculo matrimonial, permitindo um novo casamento dos cônjuges divorciados. Ele põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, mas não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

A natureza jurídica do casamento é doutrinariamente divergente, havendo adeptos da teoria contratualista, como Silvio Rodrigues e Clóvis Beviláqua, que defendem que o casamento é um contrato, celebrado por pessoas físicas capazes, e que envolvem obrigações éticas e patrimoniais.

Em contrapartida, a teoria institucionalista, defendida por Maria Helena Diniz, o casamento é uma instituição social totalmente regulada pelo Estado, não bastando a simples vontade dos nubentes, mas também a de uma autoridade celebrante. Em síntese as duas doutrinas, surge a teoria híbrida, defendida por Flávio Tartuce, que sustenta que o casamento é um contrato na sua formação e uma instituição no seu conteúdo de acordo com o artigo 1.514, CC.

A natureza jurídica do divórcio é de declaração unilateral de vontade, cujos requisitos de validade são exclusivamente aqueles gerais de qualquer ato jurídico ordinário. Isto é, a opinião e a posição eventualmente adotada pelo outro cônjuge são despidas de qualquer relevância jurídica.<sup>[3]</sup>

Se a natureza jurídica de casamento ainda é discussão nas doutrinas, seria o divórcio fim de um contrato, ou o fim de uma instituição? A suposta culpa pelo fim dos laços matrimoniais se depara em uma situação parecida, pois não tem definição concreta, e é agravada pela neutralidade dos tribunais superiores quanto ao mérito da questão.

#### **5. Das análises de casos concretos e da inaplicabilidade da norma auferida**

A análise do caso concreto deve ser feita minuciosamente para que não haja prejuízo à suposta vítima da conduta desonrosa. Imaginemos a hipótese de um pai de família íntegro, prestativo e que realiza todas suas obrigações como marido, pai e companheiro, que trabalha o dia todo para prover o sustento de sua família, sobretudo de seus filhos. Este é surpreendido com uma suposta traição. Este mesmo pai de família, resolve se divorciar pois não conseguiu lidar com tamanho dano psicológico que sofreu após a traição.

De acordo com artigo 1704, Parágrafo Único do CC, se a cônjuge adúltera vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de presta-los, nem aptidão ao trabalho, a suposta vítima do adultério terá de prove-los, gerando uma tremenda injustiça, pois quem fez a escolha de cometer o adultério (motivo do fim do casamento) foi a esposa.

Analisando o caso concreto, muitas incertezas pairam sobre o ordenamento jurídico, sendo a principal delas a hipótese de culpabilidade, a configuração da inaptidão ao trabalho e quanto seria necessário para prover as necessidades da suposta culpada.

Seria o Estado capaz de criar um rol taxativo que apontasse todas possibilidades de culpa na ação de divórcio? Seria a legislação trabalhista competente a definir se a suposta culpada está inapta ao trabalho? Será necessário uma porcentagem, ou um teto salarial para prover as necessidades da adúltera?

Analisado outro caso concreto: uma mãe de família, que trabalha o dia todo, educa seus filhos, realiza as tarefas do lar, tem como marido, um companheiro absorto, que não ajuda na educação dos filhos, que já a agrediu, que está desempregado, é usuário de drogas e para agravar a situação, é sustentado pela própria esposa. Esta, cansada dos problemas do casamento, se envolve com outra pessoa, configurando o adultério.

Levaremos em consideração também hipóteses de tentativa de homicídio, agressões, ameaças entre outros danos morais e físicos sofridos por um dos cônjuges.

Seria a adúltera a culpada pelo fim do casamento? Teria ela que mesmo depois de custear anos e anos a vida do marido desempregado, lhe prover pensão alimentícia prevista no artigo 1.704 do Código Civil? O que seria feito nos casos em que há tentativa de homicídio? Qual seria o critério do juiz para a aplicabilidade da norma?

Tais questionamentos certamente não teriam respostas concretas, já que existem diversas correntes de pensamento que versam sobre a aplicação da culpabilidade. Talvez, o IBDFAM consiga preencher a lacuna que o legislador deixou ao omitir a definição de culpa, mas o legislador generalizou as possibilidades de um dos nubentes prover pensão alimentícia, cabendo exigir-se a análise minuciosa de cada caso concreto e suas particularidades, e não generalizar conforme o artigo citado.

## 6. Conclusão

O ordenamento jurídico falha em não exigir a discussão e a análise do caso concreto para a aplicação da pensão no divórcio. Comprovado que um dos nubentes cometeu ato desonroso e foi responsável pelo fim da sociedade conjugal, este, não deverá ter direito a pensão alimentícia prevista no artigo 1.704, Parágrafo Único.

Pois além de ferir a dignidade de seu cônjuge, sujeitando-o a problemas psicológicos e sociais, o suposto culpado não poderá ter regalias por descumprir seus deveres conjugais. Isto afronta os bons costumes e é um nítido incentivo para que os nubentes não cumprissem suas obrigações matrimoniais, dando entendimento que mesmo depois de descumprir os deveres conjugais, eles irão pleitear pensão alimentícia da própria vítima da situação.

O Artigo faz uma nítida apologia ao descumprimento da responsabilidade matrimonial, pois confere direitos ao suposto autor do ato desonroso e contrai deveres à vítima deste próprio ato.

## 7. Referências Bibliográficas:

FÜHRER, Roberto Ernesto . *O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional*, Migalhas, agosto de 2010. Disponível :<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI114840,81042->

[O+novo+divorcio+potestativo+leitura+estritamente+constitucional](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI114840,81042-) Acesso em fev/2018

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Lumenjuris. 3ª ed. P. 110

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Renovar. p. 179.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família*. Saraiva. 2ª ed. P. 242/243.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 5 - Direito de Família* - 31ª Ed. 2017

RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial Direito de Família: do Casamento - Volume 17*

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família - Volume 5.* 2017

#### NOTAS:

[1] FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família.* Renovar. p. 179.

<sup>2</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família.* Saraiva. 2ª ed. P. 242/243.

[2] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias.* Lumenjuris. 3ª ed. P. 110

[3] FÜHRER, Roberto Ernesto . *O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional,* Migalhas, agosto de 2010.

## DA REFORMA TRABALHISTA: DESISTÊNCIA DA AÇÃO

**MAURICIO ANTONACCI KRIEGER:** Advogado militante (OAB/RS 73.357), trabalha nas áreas cível e trabalhista. Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS no ano de 2007. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IDC-RS no ano de 2010. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCRS no ano de 2014. Professor de Direito da Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

### Introdução

O presente trabalho trata de mais uma novidade advinda da reforma trabalhista que pretendeu de alguma forma dificultar a propositura de ação judicial trabalhista, o que já ocorre na cultura européia. As demandas trabalhistas enfrentarão alguns obstáculos daqui para frente que não eram sentidos até então.

As dificuldades para ajuizar a demanda trabalhista se encontra a partir da reforma não somente na parte técnica da petição e dos novos requisitos obrigatórios como também na possibilidade de custar caro ao reclamante em algumas situações. Mas, a reforma não se preocupou apenas com a propositura da demanda, mas também com seu prosseguimento, e isso engloba a desistência da ação, que agora necessita da concordância da parte contrária.

### Da desistência da ação

Um ponto de muita relevância no que tange a toda reforma trabalhista está na desistência da ação. A Lei 13.467/2017 acrescentou o § 3º ao art. 841 da CLT impossibilitando que o reclamante desista da ação sem o consentimento do reclamado após o oferecimento da contestação. [1] Para que se tenha claro como funciona isso, devemos partir do começo da demanda. O autor, no caso de uma ação trabalhista, o reclamante entrará



com sua petição inicial contendo um ou mais pedidos. Após o ajuizamento da ação, parte-se para a citação do reclamado, que é o ato de chamar a outra parte para se defender dentro do processo do qual é réu, no caso trabalhista, reclamado. A CLT de forma equivocada chama esse ato de notificação, mas na prática nada mais é do que citação. [2] Até esse momento não tem problema nenhum o reclamante desistir da demanda, poderá fazer sem a concordância da outra parte.

No entanto, o próximo passo a ser dado no processo, depende da outra parte, ou seja, o reclamado, que deverá apresentar sua contestação. E é justamente nesse momento que a reforma trabalhista traz a regra da impossibilidade de desistência, salvo concordância da parte contrária. A regra diz que assim que for oferecida a contestação o reclamante não poderá mais desistir do processo sem a concordância do reclamado. Mauro Schiavi lembra que a contestação deve ser apresentada na audiência inaugural, no entanto pelas regras do processo eletrônico deve a mesma ser encaminhada antes da audiência. [3]

Sendo assim, a contestação oferecida de forma eletrônica para ser referida na audiência de forma oral já obsta a desistência da ação por parte do reclamante. Mas afinal, qual a intenção do legislador reformista ao buscar essa regra que foi copiada do processo civil? [4] A resposta para isso está no princípio da boa-fé processual, já que, por vezes vinha ocorrendo do reclamante ter contato com a defesa, e sabendo do teor da contestação vislumbra uma derrota jurídica ou ao menos não aquela vitória esperada e deixa o processo ser arquivado de propósito para entrar com uma nova ação e mudar a tese já com base no que sabe da defesa. [5] [6]

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Homero da Silva menciona que “no processo do trabalho, existe a possibilidade de arquivamento, mesmo sob protestos da reclamada, com a ausência do trabalhador à audiência inicial. Trata-se de uma forma de extinção do feito sem resolução do mérito, com as mesmas características da desistência do empregado, conforme se extrai do art. 844 da CLT. Assim sendo, ainda que a empresa pretenda se opor à desistência, pode ser pega de surpresa pelo sumiço do empregado, cuja ausência à audiência permite que ele alcance o objetivo da extinção do processo. Ainda mais irritada fica empresa quando recebe

notícia de que o empregado chegou a comparecer ao átrio do fórum e, depois, foi orientado a ir embora, por problemas relacionados com as testemunhas ou por alguma outra estratégia utilizada. Esse comportamento pode ser enquadrado em fraude processual e não deve ser estimulado. Algumas reclamadas conseguem se munir de testemunhas, incluindo servidores do judiciário que viram a movimentação do empregado, e podem pedir para constar da ata do arquivamento a conduta maliciosa da parte contrária.” [7]

Ora, alguns pontos devem ser destacados. Primeiro que pelas regras trabalhistas vigentes somente ocorrerá o arquivamento do processo em caso de não comparecimento do reclamante na primeira audiência, onde o juiz tentará uma conciliação, e seguirá para a apresentação da defesa. [8] Caso o reclamante tenha comparecido nesta audiência e não tenha ocorrido o acordo entre as partes, o juiz poderá marcar uma nova audiência para instrução onde serão colhidas provas testemunhais, eventuais documentos ainda não juntados e possivelmente os depoimentos pessoais. Nesta segunda audiência de instrução em que as partes são intimadas para prestarem seus depoimentos pessoais, a ausência do reclamante não importará mais no arquivamento do processo, e sim implicará em confissão do mesmo. [9]

Um segundo ponto que merece ser mencionado aqui, é o fato da possibilidade de recurso ordinário que caberá ao reclamado em caso de arquivamento do processo, extinguindo o mesmo sem resolução de mérito. Observe-se que, esta medida já existia antes mesmo da reforma visto que a reclamada mesmo vencendo em tese o processo, já que este se extinguiu poderia ter interesse (um dos pressupostos de admissibilidade subjetivo dos recursos) em recorrer para ter uma decisão com resolução de mérito e impedir que o reclamante volte a ajuizar uma ação com os mesmos pedidos e mesma causa de pedir em desfavor do reclamado. Portanto, o interesse recursal não está relacionado apenas à sucumbência na ação, e cabe lembrar que o recurso ordinário presta-se para atacar decisão final que julgue ou não o mérito, ou seja, definitiva ou terminativa, respectivamente. [10]

A terceira questão que surge advém de uma lacuna da nova regra do processo do trabalho. Se por acaso, o reclamado não oferecer a sua contestação, até que momento o reclamante poderia desistir da ação? Manoel Antonio Teixeira Filho, aduz que seria mais prudente o legislador ter redigido o texto da lei referindo que após o prazo da contestação o reclamante somente poderia desistir da ação com a concordância do reclamado, ainda que não tivesse contestado. Como a lei nada diz a esse respeito, o autor entende que caso não seja contestada a ação e o reclamante resolver desistir da mesma, o juiz abrirá um prazo para o reclamado se manifestar se concorda ou não com a desistência, mas em caso de não concordância terá que justificar baseado em alguma motivação, e o juiz irá analisar se rejeita ou não os motivos do reclamado. Caso simplesmente, o reclamado, não se manifeste presume-se que concorda com a desistência, e a mesma deverá ser homologada. [11]

Por outro lado, o autor, [12] lembra ainda que uma possível saída para a lacuna da norma está no processo civil como fonte subsidiária do processo do trabalho, quando traz o momento limite para a desistência da ação, sendo esta até a sentença. [13]

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado recordam que veio outra novidade na reforma trabalhista que guarda relação direta com a desistência da ação por parte do reclamante. É a redação do parágrafo único do art. 847 da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017. Reza o dispositivo que “a parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.” (Grifou-se). Sendo assim, a contestação do reclamado tem um limite temporal em que deverá ser apresentado, que é o prazo comum do dia da audiência inaugural. [14]

Por fim, segundo entendimento de Manoel Antonio Teixeira Filho, a desistência da ação por motivo de transação, não passa de um erro de tipificação jurídica, e o juiz nesse caso, deverá ao analisar os documentos probatórios extinguir o processo com resolução do mérito. [15]

## **Conclusão**

Alguns pontos da reforma trabalhista estão claramente vinculados ao princípio da boa-fé. Ora, como foi visto ao longo da pesquisa, em muitas situações os reclamantes sem motivo algum desistem de suas ações para tirar algum tipo de vantagem indevida, tentando fazer do processo e da justiça um jogo em que o mais esperto vence.

A justiça do trabalho não deve ser entendida dessa forma, e por isso, o legislador acerta ao pedir a concordância do reclamado para encerrar a demanda sem resolução do mérito. Cada caso deverá ser analisado isoladamente, na busca da verdade, para saber a real intenção na desistência da ação, mas a regra certamente irá diminuir tentativas de enriquecimento sem causa quando não há qualquer direito a ser devido ao trabalhador, quando tudo já foi devidamente quitado e o mesmo ajuíza uma ação com esperanças de ganhar algo que não é seu e sem risco algum em caso de improcedência.

### Referências

1 – Reza o novo parágrafo do dispositivo da CLT: “Art. 841. [...] § 3º Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.”

2 – Assim dispõe o art. 841 da CLT: “Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou chefe de secretaria dentro de 48 horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.”

3 – SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho:** aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 95.

4 – O Novo Código de Processo Civil traz dispositivo semelhante ao que agora está inserido na CLT. Encontramos a referida regra no art. 485, § 4º: “oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.”

5 – SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 95.

6 – Tal argumento encontra-se nos motivos do Projeto de Lei n. 6.787/2016 que assim dispõe: “No art. 841, acrescentamos um parágrafo condicionado a desistência do reclamante à anuência do reclamado. Muitas vezes são ajuizadas reclamações sem fundamento fático, em que as partes reclamam direitos que sabem não serem devidos, diante da possibilidade de desistirem até mesmo no momento da audiência, tão logo tomam conhecimento da defesa da outra parte. Com isso, movimentam a máquina judiciária, mas não arcam com o ônus decorrente de sua iniciativa. Portanto, se não houver concordância do reclamado, a ação seguirá seu rumo e o reclamante, caso não obtenha sucesso, terá que arcar com as custas processuais. É uma medida que, esperamos, contribuirá para a redução de ações ajuizadas sem fundamento.”

7 – SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156.

8 – De acordo com o art. 844 da CLT: “**o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação**, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além da confissão quanto à matéria de fato.” (Grifou-se)

9 – Esse é o entendimento da Súmula 9 do TST: “A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa arquivamento do processo.” Tal Súmula deverá ser vista em conjunto com a Súmula 74, I, do TST que reza o seguinte: “Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.”

10 – SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 485.

11 - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 138.

12 – Idem, p. 138.

13 – Reza o art. 485, § 5º do NCPC que: “A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.”

14 – DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 340.

15 – TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 138.

## **O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE - UM ESTUDO SOBRE A EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO.**

**ALESSANDRO DORIGON:** Mestre em direito pela Universidade Paranaense; Especialista em direito e processo penal pela Universidade Estadual de Londrina; Professor das disciplinas de direito e processo penal da Universidade Paranaense; Advogado criminalista.

**RESUMO:** O presente trabalho se trata, primeiramente, de um estudo sobre a morte no campo filosófico, jurídico e ético, abordando seus conceitos e sua ocorrência em nossa sociedade. Estudou-se também as formas de morte digna, divididas em eutanásia, ortotanásia e o suicídio assistido, sendo abordado também, a distanásia. Por fim, estudou-se os princípios constitucionais e dos direitos fundamentais que permitem a possibilidade da morte digna, como direito fundamental de um Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Morte Digna; Eutanásia; Ortotanásia; Suicídio Assistido; Distanásia; Direito à Liberdade; Dignidade da Pessoa Humana.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A morte em seus aspectos filosóficos, biológicos e jurídicos – 3. Formas de morte digna; 3.1. Eutanásia; 3.2. Distanásia; 3.3. Ortotanásia; 3.4. Suicídio Assistido – 4. O direito de morrer fundamentado nos princípios constitucionais; 4.1. Vida: direito ou dever?; 4.2. Direito à liberdade e o princípio da autonomia; 4.3. A dignidade da pessoa humana e o direito de morrer – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Nunca se discutiu tanto sobre a dignidade da pessoa humana no direito Brasileiro como nos dias atuais, pois, em todos os congressos, palestras e simpósios, há sempre um autor ou um professor discutindo sobre tal fundamento do Estado Democrático de Direito. E não é para menos, estamos ainda em construção de um entendimento seguro sobre os dispositivos legais estampados em nossa Constituição Federal, pois tal legislação maior ainda é recente, em comparação com outros países que já

consolidaram entendimentos e criaram legislações infraconstitucionais adequadas.

Uma das discussões que ainda tiram o sono de muitos estudiosos do direito é a ponderação de princípios constitucionais, pois não se pode negar a validade de um princípio sobre outro, como se faz com as regras, devendo ser encontrado um consenso entre tais princípios.

Mas, apesar disso, todas as discussões devem ser sempre em consonância com o Princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que tal princípio é um embasamento do neoconstitucionalismo, devendo todas as interpretações constitucionais e infraconstitucionais respeitar tais preceitos.

E é com base em tal Princípio fundamental que se destaca o direito à morte digna, atrelado também aos direitos fundamentais da vida digna e à liberdade, devendo ser estudado cada caso, com a finalidade de se analisar a possibilidade da pessoa morrer ou viver.

Diante disso, discute-se a introdução e a legalização do direito às formas de morte digna, consistentes na eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, combatendo sempre a distanásia, por ferir gravemente os direitos e garantias fundamentais, além da dignidade da pessoa humana.

Assim, o direito de morrer dignamente deve ser discutido, posto que a morte faz parte de todo ser vivo, humano ou não, não devendo ser tratado simplesmente como um fato natural e sem controle, fazendo que, pessoas em estado grave de sofrimento, fiquem agonizando esperando lentamente o fim da vida.

## **2 A MORTE EM SEUS ASPECTOS FILOSÓFICOS, BIOLÓGICOS E JURÍDICOS**

Mesmo com todos os avanços da sociedade, não somente na medicina, mas em todos os âmbitos das ciências biológicas e sociais, ainda assim o ser humano teme a morte. E digo mais, hoje a sociedade, aparentemente, teme mais a morte do que antigamente.



É dito isso por todas as experiências de vida familiar, pois quantas pessoas mais velhas já disseram a forma com que foram criados, no sítio, com poucos recursos higiênicos e alimentar; brincando no meio da terra com toda a sujeita possível; vivendo em casas de madeira sem forro, com poeira e insetos que apareciam normalmente todos os dias.

Hoje, vê-se a forma com que as crianças são criadas, praticamente em uma “redoma de vidro”, todas protegidas com a mais alta tecnologia contra bactérias, doenças e demais preocupações que, antigamente, nem se imaginava em ter. Vê-se mães lavando as roupas de suas crianças com álcool, alegando que somente o sabão não as desinfeta adequadamente. É visto também pais somente dando a seus filhos alimentos tecnicamente protegidos contra qualquer tipo de germes ou fungos, alegando que são mais benéficos à saúde.

E não é somente entre pais e filhos que esta forma de cuidado é observada. A sociedade em geral hoje vive em um momento totalmente saudável, denominada por várias pessoas de “geração saúde”. Nunca se viu tantas pessoas recorrendo à medicina e a produtos fitoterápicos, com o fim de prolongar mais suas vidas.

Mas, será que esta nova geração está certa ou errada em pensar assim? Bom, isso é difícil de responder, pois cada pessoa, com seus entendimentos e suas crenças, são totalmente livres para pensar e agir, dentro da lei, da norma que quiser e que achar mais adequada.

A conclusão do que enfatizamos acima é que a sociedade em geral, mesmo com todas as evoluções, ainda teme a morte. Teme o que é imprevisível e desconhecido, pois não sabemos o que se tem após a morte, ou mesmo, se tem algo.

A morte é o destino inexorável de todos os seres vivos. No entanto, só o homem tem consciência da própria morte. Por se perceber finito, o homem aguarda com ansiedade o que poderá ocorrer após a morte. A crença na imortalidade, na vida depois da morte, simboliza bem a recusa da própria destruição e o anseio de eternidade. (ARANHA, 1993, p. 331).

Como já ouvimos tantas outras vezes, “nesta vida, a única certeza que temos é a morte”. Muitas vezes até dizemos este ditado, mas sem mesmo perceber o seu significado, ignorando e, muito menos, pensando na possibilidade de morrer, pois, se tivéssemos a certeza de que iríamos morrer momentos após dizer tal ditado, certamente não falaríamos da boca pra fora e cuidaríamos mais de nossas palavras.

No decorrer da história da filosofia, muitas vezes os pensadores trataram explicitamente a respeito da morte e da imortalidade da alma, mas essa questão está na raiz de toda filosofia e, mesmo quando não se discute diretamente sobre a morte, ela se situa no horizonte de toda reflexão filosófica. É nesse sentido que Platão afirma ser a filosofia uma meditação da morte, e Montaigne diz que “filosofar é aprender a morrer”. Pois se a filosofia é uma das formas da transcendência humana, pela qual refletimos a respeito de nossa existência e destino, a discussão sobre a morte não lhe pode ser estranha. (ARANHA, 1993, p. 332).

O medo da morte assola quase toda a sociedade, não somente de sua própria morte, mas principalmente a morte de seus entes queridos. É difícil aceitar a morte de um parente querido, principalmente a morte dos filhos, pais, avós, netos, etc, mesmo sabendo que ela é certa.

É uma obviedade afirmar que vivemos toda nossa vida à sombra da morte; também é verdade que morremos à sombra de toda nossa vida. O horror central da morte é o esquecimento – o absoluto e terrível colapso da luz. O esquecimento, porém, não é tudo; se assim fosse, as pessoas não se preocupariam tanto com a questão de suas vidas técnicas e biológicas terem ou não continuidade depois que se tornaram inconscientes e caíram no vazio, depois que a luz já morreu para sempre. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido. (DWORKIN, 2009, p. 280).

Mas afinal o que é a morte? Hoje, com a possibilidade de transplantes, com a medicina muito avançada, vários autores entram em conflito sobre

seu conceito atual. Nas palavras de, Hilário Veiga de Carvalho (apud CABETTE, 2013, p. 99/100), morte seria a “desintegração irreversível da personalidade em seus aspectos fundamentais morfofisiológicos, fazendo cessar a unidade biopsicológica com um todo funcional e orgânico, definidor daquela personalidade que assim se extinguiu”.

Na antiguidade grega, como não se tinha uma tecnologia de avaliação por outros meios, a morte era considerada com a parada da atividade cardíaca, pois pensava-se que o coração era o órgão mais importante do corpo humano. Após, na idade média, com a tradição judaico-cristã, a morte se dava com o fim da atividade respiratória. (DIAS, 2012).

Mas foi somente em 1799 que surgiu o conceito científico de morte, elaborado por Marie François Xavier Bichat, fundador da anatomia geral e da histologia, definindo que a morte “é um processo cronológico que leva a uma catástrofe fisiológica”, resultando na denominação “trípode de Bichat”, pois a morte se dava com o “fim das funções vitais do organismo, sustentadas pelo coração, pulmão e o cérebro”. (CABETTE, 2013)

Já no século XX, com a grande evolução da medicina e de seus aparelhos que sustentavam a respiração e os batimentos cardíacos, começou-se a definir a morte com a parada do sistema nervoso central. Mas tal definição ainda não foi definitiva, pois tinha-se o problema de se constatar a morte somente com a parada de um dos órgão, por mais hierarquicamente relevante que fosse.

Começou-se então a discussão sobre o assunto, sendo que em 1968, a Associação Médica Mundial estabeleceu a Declaração de Sidney, determinando que havia a necessidade de se ter vários exames com instrumentos auxiliares para definir se a pessoa estava morta ou não, não bastando somente a morte encefálica. (FRANÇA, 2014).

Após o início de tal discussão, muitos autores, estudiosos e cientistas criaram inúmeras teses para definir o momento da morte, alguns falando que se dá com a morte encefálica, devendo ser atestado por um exame de eletroencefalograma; outros alegando que somente tal diagnóstico da atividade cerebral não basta para atestar a morte de uma pessoa.

No momento atual, as Universidades de Minnesota e Pittsburg (EUA), bem como, a Conferência do Royal College e da Faculdade de Medicina do Reino Unido, estabeleceram os seguintes critérios para atestar a morte de uma pessoa: coma profundo indiferente aos estímulos externos; ausência dos reflexos fotomotor, corneanos, óculo-cefálico e vestibulo-ocular; hipotonia muscular; rigidez de descerebração; ausência de respiração espontânea; e silencia elétrico persistente da atividade cerebral. E como meios opcionais, dependendo do caso, o médico pode usar a angiografia e a cintilografia cerebral. (FRANÇA, 2014).

No Brasil, a Lei nº 9.343/1997, denominada Lei de Transplantes, dispõe em seu artigo 3º, §1º[1], que a morte da pessoa se dá com a morte encefálica. Além de tal dispositivo legal, temos também a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480/1997, que dispõe que a morte se dá com a parada total e irreversível das funções encefálicas, estabelecendo vários critérios para sua aferição, como os do artigo 4º: “Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.”

Sobre o assunto, brilhante apontamento expõe França (2014, p. 571):

A oposição aos critérios exclusivamente cerebrais é fundamentada no princípio de que, sendo a vida a harmonia da unidade biopsíquica em seu aspecto funcional e orgânico, a morte será sempre o comprometimento das funções vitais, por um tempo razoável que não deixe dúvidas quanto à permanência de vida. O traçado isoeletrico do cérebro não deve constituir, por si só, elemento decisivo para o diagnóstico de morte, pois, em diversas ocasiões como foram observadas, pode ser transitório. Por isso, o conceito de morte deve ser inserido dentro de um contexto clínico-instrumental que não deixe nenhuma dúvida.

Tal definição é muito importante no âmbito jurídico, principalmente para a proteção dos médicos e seus auxiliares, que poderão sofrer processos criminais e civis, se atestarem a morte de uma pessoa de forma incorreta.

E vendo tais determinações legais acima citadas, verificamos que, ainda assim, com o fim da atividade cerebral, aparelhos modernos podem

manter o paciente em um estado de respiração, batimentos cardíacos, sistema digestivo e urinário em funcionamento forçado. Diante disto, se um médico ou um assistente desliga tais aparelhos, depois de fazer todos os exames, estará isento de qualquer responsabilidade, pois não cometeu qualquer ato ilícito, principalmente pelo disposto no artigo 17 do Código Penal, intitulado de crime impossível, pelo fato da pessoa já está legalmente morta.

Assim, diante destas concepções sobre a morte e o seu momento legal de diagnóstico, é necessário se fazer um estudo sobre as formas de retirada da vida de pessoas que estão com algum tipo de problema ou doença, que desejam a morte, para depois analisarmos as possibilidades que nossa Carta Magna nos dá, quanto a concepção de morte digna.

### **3 FORMAS DE MORTE DIGNA**

A discussão sobre tais formas sempre foram objetos de reflexão em nossa sociedade, pois envolvem motivos legais, éticos e até mesmo religiosos. Mas nos dias atuais tais discussões estão se tornando cada vez mais frequentes, principalmente em um campo filosófico pós-positivista, influenciado também pelo chamado neoconstitucionalismo, onde a dignidade da pessoa humana está se tornando a base para todos os demais direitos e garantias constitucionais.

Além do mais, com o grande avanço da medicina nos últimos anos, com o aumento da eficácia e a segurança das novas modalidades terapêuticas, possibilitando o salvamento de muitas vidas que antes eram consideradas quase inexistentes, questiona-se ainda mais os “aspectos econômicos, éticos e legais resultantes do emprego exagerado de tais medidas e das possíveis indicações inadequadas de sua aplicação” (FRANÇA, 2014, p.532).

Sobre isso, muitas pessoas e estudiosos têm fundamentado o direito de morrer como um direito fundamental do ser humano, sendo a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, formas humanas de exercer este direito de morrer com dignidade.

### 3.1 Eutanásia

O termo eutanásia, denominado também por outros doutrinadores como 'boa morte', 'morte suave' ou 'morte sem dor ou sofrimento', é derivado do grego, da junção de *eu* (boa) e *thanatos* (morte), sendo que deve ser entendido como o ato de retirar piedosamente a vida de uma pessoa que está sofrendo muito por uma doença incurável.

Em outras palavras, eutanásia é um termo utilizado para “designar o ato de provocar a morte por compaixão no que tange a um doente incurável, pondo fim aos seus sofrimentos, ou em relação a um recém-nascido gravemente malformado cuja qualidade de vida seria bastante comprometida” (VIEIRA, 1999, p. 80).

Quanto a origem do termo eutanásia, é válido citar o estudo de Cabette (2013, p.19):

Alega-se que o termo eutanásia foi originalmente proposto por Francis Bacon no ano de 1623 no bojo da obra de sua autoria intitulada *Historia vitae et mortis*. Não obstante, há quem defenda a tese de que a origem do termo é ainda mais antiga, encontrando-se no pensamento estóico. Cícero (106 – 43 a. C.), na Carta a Ático, já teria empregado a palavra eutanásia como designativa de “morte digna, honesta e gloriosa”. Noticia-se ainda o uso do vocábulo desde a época do Imperador Augusto, sendo também utilizada pelo historiador romano Suetônio. Finalmente, Sêneca, na Epístola a Lucílio (Carta 77), também teria usado a palavra para referir-se à “arte da boa ou doce morte”.

Diante disso, verifica-se que a eutanásia tem como fundamento a piedade e a compaixão com a pessoa acometida por uma doença incurável, que lhe causa muita dor e sofrimento, diferenciando do simples homicídio, que é a vontade simplesmente de retirar a vida da outra pessoa.

Em um aspecto mais doutrinário, verifica-se que a eutanásia se divide em várias espécies e classificações, que serão objetos de estudo à seguir.

Em um primeiro plano, a eutanásia se divide em ativa e passiva. A eutanásia ativa é a eutanásia por ação (comissão), ou seja, “é aquela que

se pratica através de atos que ajudam o doente a morrer, buscando com isso aliviar ou eliminar seu sofrimento.” (CABETTE, 2013, p. 23). Esta, por sua vez, se subdivide em eutanásia ativa direta e indireta. A direta é o ato de encurtar a vida da pessoa que esta sofrendo por meio de condutas ativas. Já a indireta é aquela em que não se objetiva diretamente a morte, mas sim um tratamento de redução da dor da pessoa em estado terminal, sendo que a consequência deste tratamento é a retirada da vida. Já a eutanásia passiva é a eutanásia por omissão, ou seja, é a supressão ou interrupção dos cuidados médicos básicos, que oferecem o suporte indispensável à manutenção da vida. (LOPES, 2014).

Exemplificando, a eutanásia por ação seria aquela em que uma pessoa, tomada por compaixão, pois é um requisito para diferenciar a eutanásia do homicídio, atuaria de modo incisivo para a morte de uma pessoa que estaria em um estado de agonia e sofrimento, sendo que a direta poderia ser uma injeção legal, enquanto que a indireta, seria uma injeção de alguma substância analgésica, que levaria a pessoa à morte sem grave sofrimento. Já a eutanásia passiva, seria o ato de se omitir, ou seja, de não fazer algo que deveria, com a finalidade, também, de retirar a vida da pessoa que está agonizando.

Além das duas grandes e principais classificações, temos também outras classificações, com bem explica Luciano de Freitas Santoro (*apud* LOPES, 2014, p. 57):

Observa-se que a classificação doutrinária de eutanásia em eugênica (aquela que visa ao aprimoramento da raça), em criminal (a eliminar indivíduos considerados socialmente perigosos), em econômico (a eliminar pessoas consideradas inúteis e que acarretam elevado custo econômico assistencial), em experimental (a eliminar pessoas com o fim de realizar experiências científicas) e em solidária (a eliminar pessoas com doença incurável com o objetivo de utilizar seus tecidos e órgãos para transplante em outro doente que apresente melhores chances de sobrevivida).

Sobre tais classificações acima citadas, observamos que não se trata especificamente de eutanásia humanitária, mas sim de homicídio, tendo em

vista que a motivação de todas elas carece do principal requisito, que é a compaixão ou a piedade, conforme visto no conceito acima estudado.

Ademais, fala-se também em outras classificações de menor relevância propostas pela doutrina como eutanásia voluntária ou involuntária (faz referência à vontade do paciente); verdadeira ou pseudo-eutanásia (praticada por médicos ou não médicos); agônica (morte de um paciente terminal inconsciente, sem sofrimento); lenitiva (que se procura aliviar o sofrimento ou doença incurável); estóica (que tem por finalidade tirar a vida para aliviar os tormentos terrenos e a fuga contra todas as dores e sofrimento); etária ou morte branca (diz respeito a uma obrigação sagrada do filho retirar a vida dos pais); coletiva (retirar a vida de várias pessoas sob o fundamento de uma finalidade pública); teológica (mor motivos religiosos); narcotanásia (morte onde o doente é mantido sob efeito constante de anestésicos, perdendo precocemente sua vida); e a mistanásia (que seria a morte por abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo). (CABETTE, 2013).

Assim, a eutanásia, apesar das várias formas de classificação acima descritas, é considerada a retirada precoce da vida, calcada na compaixão, frente a um paciente com alguma anomalia incurável e com sofrimento insuportável.

Do ponto de vista criminal, a eutanásia é considerada um homicídio privilegiado, tipificado no artigo 121, §1º, do Código Penal, tendo em vista que a motivação da retirada da vida da outra pessoa é por motivo de relevante valor moral, ou seja, “é aquele cujo conteúdo releva-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade. Ou seja, são os motivos nobres e altruístas, havidos como merecedores de indulgência.” (PRADO, 2010, p.48).

No projeto do novo Código Penal (PLS nº 236/2012), traz no seu artigo 122 o crime de Eutanásia, descrito na seguinte forma:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:



Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Conforme se verifica no projeto, a tendência é de se criar um tipo específico para o fato de matar alguém por piedade ou compaixão, sendo que terá uma pena menor do que a atual, que é de 06 a 20 anos, com diminuição de 1/6 a 1/3 de tal penal.

Mas o mais interessante é o fato de possibilitar o perdão judicial, conforme dispõe o §1º acima citado, onde o juiz poderá deixar de aplicar a pena, levando em consideração as circunstâncias específicas do caso, bem como, a relação de parentesco e estreitos laços de afeição.

É um grande progresso para a nossa norma em geral, pois a eutanásia estará sendo aceita de alguma forma. Apesar de ser considerada crime, o agente que a cometer poderá ter sua pena perdoada no final do processo, por uma declaração judicial, satisfazendo assim as duas vertentes que discutem sobre a legalidade ou não da eutanásia.

Quanto aos aspectos de responsabilização do médico, por previsão do seu Código de Ética (Resolução nº 1.931/2009), a eutanásia é vedada, pois o artigo 41 estabelece o seguinte: “É vedado ao médico: Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.”

Ademais, sobre a responsabilização do médico, é válido informar a posição de França (2013, p. 539):

A eutanásia, mesmo com o enfemismo de *sanidicídio* ou *benemortásia*, não pode deixar de merecer a devida censura, tenha o médico o consentimento dos familiares do paciente (eutanásia involuntária), ou se agiu a pedido do próprio paciente induzindo-o ou fornecendo meios para o chamado *suicídio assistido* (eutanásia voluntária).

E continua tal autor:

Assim, fica claro que o médico não pode nem deve, de forma alguma e em nenhuma circunstância, contribuir ativamente para a morte do paciente, pois isso se contrapõe ao seu compromisso profissional e a sua formação moral. O médico, amparado na sua tradição e no seu Código de Ética, fundamenta tal posição nos ditames que lhe vedam “utilizar em qualquer caso meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Orienta-se no princípio que deve empregar o melhor do seu esforço e da sua ciência no sentido de “promover a vida humana e jamais utilizar seus recursos para promover a morte”. É inaceitável qualquer forma de eutanásia, tal qual nós entendemos, sempre que se possa ter o mesmo resultado – não sofrimento –, mantendo o respeito pela vida do paciente. Não é justo também que, por razões utilitaristas, alguém venha privar um moribundo dos chamados procedimentos primários, ainda que de certa forma paliativos. Também deve ser registrado que entre a ação e a omissão existe apenas um vácuo filosófico, mas a intenção do resultado é a mesma. (FRANÇA, 2013, p. 539/540).

Muitos são os autores que contrariam tal entendimento e questionam o Código de Ética Médica, alegando que o médico poderia sim fazer a eutanásia, especialmente a eutanásia ativa indireta, fundamentando que tal ato não seria nem mesmo criminoso.

Situação diversa é a da eutanásia ativa indireta, cuja consequência jurídica merece outra resposta de nossa legislação penal, razão pela qual sua prática não merece qualquer reprovação. Como já mencionado, na eutanásia ativa indireta a utilização de fármacos necessários para aliviar o sofrimento do paciente acaba por catalisar a sua morte. Porém, não se pode exigir do médico outra atitude, já que, em face do princípio bioético da beneficência, deve-se fazer o bem ao seu paciente. É desumano e degradante permitir que alguém seja submetido a intenso sofrimento quando existem meios que lhe possibilitam ter o mínimo de dignidade. (SANTORO, *apud*, LOPES, 2014, p. 93).

Diante disso, tais autores que são a favor da eutanásia ativa indireta, fundamentam que a conduta médica não seria criminoso, pois estariam amparados na excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta

diversa, ou seja, para aquele caso, não haveria a possibilidade de outra conduta.

E em um outro fundamento, Capez (2004, p. 34) relata a possibilidade de não punir a eutanásia omissiva (passiva), sob o fundamento de que “em situações extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando.”

Apesar de todos estes apontamentos, hoje tal situação está longe de ser resolvida, pois nossa legislação ainda prevê que a eutanásia passiva e ativa, tanto direta, como indireta, ainda é considerada crime, antiética e antirreligiosa, sendo punida por nosso ordenamento jurídico, pelos conselhos de medicina e pela grande maioria das religiões, fato este que dificultam de se modificar o pensamento atual.

### **3.2 Distanásia**

A distanásia, termo um pouco menos conhecido que a eutanásia, não se trata de uma forma de retirada da vida ou antecipação da morte, mas sim uma forma de prolongamento da vida, totalmente desnecessária, que, na práxis, causa muita dor, não só ao paciente, mas principalmente aos familiares.

De forma etimológica, o termo distanásia “deriva do grego dis (afastamento) e thánatos (morte), consistindo, portanto “no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana”” (CABETTE, 2013, p. 26).

Em outras palavras, a distanásia se trata de uma “morte vagarosa e sofrida de um ser humano, prolongada pelos recursos oferecidos pela medicina.” (MASSON, 2011. p. 23).

Hoje, com os avanços na medicina, temos muitos meios de manter uma pessoa com algum tipo de atividade corporal em funcionamento, mesmo

sem qualquer atividade cerebral, como no caso de aparelhos que auxiliam na respiração e batimentos cardíacos.

Com isso, em muitos casos, se um médico quiser, ele pode prolongar as atividades corporais de uma pessoa por horas, dias e, até, por meses. E isso, com certeza, levaria a um tratamento desumano, pois impediria a morte digna da pessoa, bem como, faria com que os familiares sofressem de forma desnecessária.

Apesar de não haver uma definição absoluta para a distanásia, ela caracteriza-se pela adoção de medidas terapêuticas excessivas e que não direcionam para a cura, mas para o sofrimento do paciente. Trata-se de o médico adotar medidas fúteis e desproporcionais que configuram tratamento desumano e degradante, por permitir o prolongamento da vida exclusivamente em termos quantitativos e não qualitativos. Cuida-se de procedimento que ofende a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. (LOPES, 2014, p. 61).

Assim, a distanásia, por ferir a dignidade da pessoa humana, deve ser totalmente rechaçada e combatida por nosso Ordenamento Jurídico, pois afeta toda a sociedade.

Ademais, o próprio Código de Ética Médica, no seu Capítulo I, que cuida dos Princípios Fundamentais, proclamou no inciso XXII que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados.” Além do mais, no parágrafo único do artigo 41 do mesmo estatuto legal, prevê que nos “casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Ocorre que, em muitos casos, vemos que alguns médicos e auxiliares utilizam-se da distanásia como forma de arrecadar mais honorários e ganhos, pois, quanto mais dias o paciente ficar internado, mais gastos com remédios e internamentos seus familiares ou o estado terão que dispor.

Além de contrariar várias normas éticas, a distanásia também pode ser considerada, em nosso entendimento, como crime de constrangimento ilegal, tipificado no artigo 146<sup>[2]</sup> do Código Penal, tendo em vista que obriga o paciente e seus familiares a fazer algo que a lei não determina, podendo, dependendo da intenção, caracterizar até outros crimes.

Ademais, por se tratar de grave infração aos direitos humanos, os atos consistentes em distanásia também devem ser julgados pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, punindo os países que a aceitarem.

Por fim, a distanásia, ao nosso ver, deveria ser gravemente punida, pois se trata de uma violação da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um estado democrático de direito, sendo que, além de prejudicar o paciente e seus familiares, prejudica a sociedade em geral, que fica receosa de poder ser a próxima vítima de tal ato.

### **3.3 Ortotanásia:**

Também como uma das formas de abreviação da vida, temos a ortotanásia, que em muitos países vem sendo aceita legalmente, sendo que tal aceitação está sendo amplamente discutida no direito brasileiro.

O termo ortotanásia, de forma etimológica, “advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a “morte natural ou correta” (CABETTE, 2013, p. 24/25). Tal termo é bem parecido com a eutanásia, mas não podemos confundi-los, pois são formas de morte que merecem um tratamento jurídico e ético diverso.

Alguns doutrinadores escrevem que a ortotanásia é uma das formas de eutanásia, chamando-a de “eutanásia omissiva, eutanásia moral ou terapêutica” (NUCCI, 2013, p. 638). Mas de uma abordagem técnica, tal conceito é errado, pois a eutanásia, em todas as suas classificações, são formas de abreviar a vida do paciente, podendo o agente agir com ação ou omissão. Já a ortotanásia não é uma forma de abreviação, mas sim uma forma correta de morrer.

Nas palavras de Lopes (2014, p. 58):

A eutanásia passiva não se confunde com a ortotanásia. Enquanto nesta a causa do evento morte já se iniciou, e por isso a morte é inevitável e iminente, na eutanásia passiva a omissão é a causadora do resultado morte. Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se procedimentos indicados e proporcionais e que poderiam beneficiar o paciente, tais como os cuidados paliativos ordinários e proporcionais. Já na ortotanásia, suspendem-se os procedimentos considerados extraordinários e desproporcionais, diante da inevitável e iminente morte.

Em outras palavras, a principal diferença entre a eutanásia passiva e a ortotanásia seria no momento da omissão, pois na eutanásia, a sua omissão seria a causadora da morte da pessoa. Já na ortotanásia, tal omissão não seria a causa da morte, tendo em vista que a morte já era certa, sendo que a omissão somente abreviou tal fato, diante da ineficiência dos possíveis procedimentos médicos existentes.

Frente a esta diferenciação, que já foi uma forma de conceituar a ortotanásia, estudando tal procedimento, verificamos que a “ortotanásia consiste na ‘morte a seu tempo’, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia)” (CABETTE, 2013, p. 25).

Nas palavras de Luciano de Freitas Santoro (*apud*, LOPES, 2014, p. 59), a ortotanásia:

“é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade”. Para o autor, faz-se também necessário o consentimento do paciente ou, quando impossibilitado, de seus familiares.

Assim, não se trata de agir ou deixar de agir para causar a morte de alguém (eutanásia), muito menos, utilizar-se de tratamentos extraordinários, desproporcionais e fúteis para manter a vida vegetativa (distanásia); mas sim, humanizar o processo de morrer, sem prolongamentos desproporcionais, bem como, sem sofrimento para o doente e seus familiares.

Diante disso, a ortotanásia se enquadra como um intermédio entre a eutanásia e distanásia. Nas palavras de Juan Masiá (*apud*, LOPES, 2014, p. 61/62):

... deve ser encontrado um meio-termo entre acelerar a morte pela conduta eutanásica e adotar a obstinação terapêutica, ou seja, sem desistir antes do tempo, mas também, sem submeter a pessoa a um encarniçamento terapêutico. Não se trata de simples supressão do tratamento. Não é apenas suprimir o tratamento que causa dor ao paciente e que busca de qualquer forma curá-lo, mas, ao contrário, é aceitar a condição e que é um ser humano, de que a morte é algo natural e próprio desse ser, e passar a se empregar outro tratamento, propiciando-lhe alívio em suas dores e sofrimento.

Finalizando a conceituação da ortotanásia, interessante apontamento faz França (2013, p. 535), dizendo que é a “suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em “morte encefálica”, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação”.

Assim, a ortotanásia é uma das formas mais humanitárias de morte digna, pois propicia ao paciente uma morte sem dor, bem como, aos familiares, o fim da angústia e do sentimento de pena de seu parente, perfazendo uma das formas da dignidade da pessoa humana.

Hoje, no nosso meio jurídico, pelos valores morais que estão em jogo, buscando evitar o sofrimento prolongado de alguém vitimado por doença grave, a ortotanásia ainda é considerada como o crime de homicídio privilegiado, igualmente a eutanásia, pois seria um homicídio por relevante valor moral, sendo que nosso direito penal não admite a construção de uma causa supralegal de exclusão da ilicitude fundada no consentimento do ofendido. (MASSON, 2011).

Mas tal entendimento não é o fim da esperança de uma melhora no nosso ordenamento jurídico, pois o projeto do novo Código Penal (PLS nº 236/2012), prevê a seguinte possibilidade no artigo 122, §2º:

“Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

A respeito deste projeto de dispositivo legal, há de se observar uma grande vitória dos adeptos da ortotanásia, pois, se entrar em vigor, estaríamos diante de uma excludente de ilicitude, ou seja, a ortotanásia não seria mais considerada crime.

É claro que tal projeto de lei ainda está sendo discutido, mas o interessante é que, especificamente sobre tal artigo que se refere à ortotanásia, verifica-se que é passível uma pacificidade em aprova-lo, principalmente pela comissão que está estudando tal projeto, restando uma pequena resistência pela bancada dos parlamentares evangélicos.

No campo da ética médica, tem-se como fundamento a utilização da ortotanásia com os mesmos fundamentos acima expostos para distanásia, quais sejam, o disposto no Capítulo I, que cuida dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009), que proclamou no inciso XXII que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados.” Além do mais, no parágrafo único do artigo 41 do mesmo estatuto legal, prevê que nos “casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Sobre o assunto, é válido citar as ponderações de Lopes (2014, p. 89):

Na ortotanásia, o médico tem a possibilidade física de agir e os meios disponíveis para adotar a conduta que prolongará a vida do seu paciente. Entretanto, carecerá o médico de capacidade de motivação, já que a dignidade da pessoa humana impede transformar esse doente em mero objeto, submetendo-o a um tratamento fútil para lhe dar mais quantidade de



vida, razão pela qual esse meio não poderá ser entendido como adequado para prolongar sua vida.

E continua tal autor:

Dessa forma, é clara a licitude da ortotanásia, posto que embora o médico deva assistir o seu paciente, não tem efetivamente o poder de salvá-lo. Nota-se que é necessária a indispensável capacidade de agir (requisito dos crimes omissivos impróprios), não havendo qualquer finalidade em simplesmente prolongar a sua vida quando a morte for iminente e inevitável, especialmente porque o meio utilizado não se mostra adequado por atentar contra a dignidade desse paciente, por meio de tratamento desumano e degradante. (LOPES, 2014, p. 90).

Além destes posicionamentos, é válido citar ainda os entendimentos da cúpula nacional do Conselho Federal de Medicina. Primeiramente, para Roberto D'Ávila, Diretor do CFM e um dos responsáveis pela redação do texto da Resolução nº 1.931/2009, em uma entrevista concedida pelo Jornal O Globo em 12 de novembro de 2006, foi dito que a ortotanásia não se trata de uma infração ética, sendo que o médico deve banir a prática fútil e a obstinação terapêutica. Disse ainda que os médicos devem se preocupar mais com seus pacientes, sempre objetivando a eliminação do sofrimento, mesmo que a morte seja certa, tratando a morte como algo natural e não como uma inimiga a ser combatida a qualquer custo. (CABETTE, 2013).

No mesmo sentido, manifestou perante o Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão, em entrevista concedida em 12 de novembro de 2006, o Presidente do Conselho Federal de Medicina, Dr. Edson de Oliveira Andrade, tendo destacado que a medicina tem a finalidade de ajudar os seres humanos, não podendo ser arrogante a ponto de achar que pode superar os limites da natureza, sendo que o objetivo da Resolução nº 1.931/2009 é que nenhuma pessoa seja submetida a sofrimento desnecessário. (CABETTE, 2013).

Desta forma, como já informado acima, nem mesmo os médicos deverão ser punidos por praticarem a ortotanásia, de forma que, muito menos os familiares e pessoas próximas ao paciente poderão sofrer

qualquer tipo de sanção, penal ou civil, pois todos estarão acobertados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a ortotanásia, apesar de ainda ser considerada crime, está ganhando grande assento no nosso ordenamento jurídico, pois a doutrina vem sendo bem favorável à sua utilização, bem como, a nossa legislação está caminhando para a sua descriminalização, tornando lícita frente aos casos específicos.

### 3.4. Suicídio Assistido

O suicídio, que é considerado como “a destruição deliberada da própria vida” (MASSON, 2011, p. 53), sempre foi um ponto alto de discussão no direito, não somente em relação à legislação, mas também no âmbito moral, social e, também, religioso. Há religiões que amaldiçoam o suicida, alegando que sua alma iria diretamente para o inferno, sem qualquer passagem pelo purgatório ou julgamento. Já outras religiões, aceitam o suicídio, se tiver a finalidade religiosa, como um meio de salvação e privilégios após a morte.

O vocábulo suicídio provém do latim, *suicidium*, de *sui* (a si) e *caedes* (ação de matar) do verbo (*caedo, is cecidi, caesum caedere*). Significa a auto-eliminação, ou ainda, a morte do ser humano iniciada por ele mesmo, voluntariamente, utilizando-se de meios violentos contra si. (VIEIRA, 2012, p. 162).

Na antiguidade, a grande maioria das legislações consideravam como crime o suicídio, com punição dos parentes do suicida, sendo uma exceção ao princípio da personalidade das penas hoje existente. No direito romano, os herdeiros do suicida tinham seus bens confiscados, pois a preservação da vida era um meio de proteger o patrimônio familiar. No direito canônico, com a influência do cristianismo, o suicídio era considerado um crime contra Deus e comparado ao homicídio, sendo que seu corpo, mesmo morto, era levado à forca e tinha, também, a pena de excomunhão, sendo negado um funeral e uma sepultura cristã, atingindo tal excomunhão também os herdeiros, que eram também penalizados pelo confisco dos bens. Se houvesse um suicídio tentado, o infrator tinha a mesma pena do homicídio tentado.

As legislações estrangeiras, na antiguidade, em sua maioria, consideravam crime o suicídio. Assim era na Inglaterra, cuja *common law* previa a aplicação de penas contra o cadáver e seus familiares, tais como privação de honras fúnebres, exposição do cadáver atravessado com um pau, sepultamento em estrada pública, confisco dos bens. Na Grécia, o suicida tinha a sua mão direita cortada, a fim de ser enterrada à parte. (CAPEZ, 2004, p. 85).

No período humanitário, por influência dos iluministas, o suicídio começou a não ser mais considerado crime, pois o entendimento era de que:

. a pena só poderia recair sobre um corpo insensível e sem vida, ou sobre inocentes. Ora, o castigo que se aplicasse contra os restos inanimados do culpado não poderia produzir outra impressão sobre os espectadores senão a que estes experimentariam ao verem fustigar uma estátua. (BECARIA, 2001, p. 57).

No Brasil, a legislação penal atual não incrimina o suicídio, principalmente por determinação do princípio da alteridade, o qual diz que o direito penal somente este autorizado a punir a ofensa a bens jurídicos de terceiros, com exceção das fraudes contra seguro e alguns casos excepcionais. Mas punição somente pelo suicídio, com o fim somente de retirar a própria vida não há. Ademais, não se poderia penalizar o suicídio, tendo em vista que a morte é uma das causas de extinção da punibilidade, conforme reza o artigo 107, inciso I, do Código Penal.

Muito se fala sobre a penalização do sujeito que tenta o suicídio. Mas, por questões humanitárias e por política criminal, a nossa legislação resolveu, acertadamente, não punir tal pessoa, com o fundamento de que, se a pessoa chegou a este ponto, é porque está passando por sérios problemas, não merecendo castigo, mas sim ajuda, amparo, tratamentos e proteção. (MASSON, 2011).

Mas deve-se frisar que, embora o suicídio não seja considerado um crime, ele é um fato ilícito, ou seja, é um fato que ofende o ordenamento jurídico, tendo em vista que a vida é considerada como um bem jurídico

indisponível, podendo até ser cometido o crime de constrangimento ilegal contra o ato de retirar a própria vida pelo suicida. (PRADO, 2010).

Apesar do suicídio não ser punido, a atuação de terceiros para o suicídio, bem como, para a eliminação da vida, é totalmente e gravemente punida pelo nosso ordenamento jurídico, pois há a previsão dos crimes de indução, instigação e auxílio ao suicídio (122 CP), homicídio (121 CP), infanticídio (123 CP), aborto (124, 125 e 126 CP), dentre outros crimes que também protegem a vida humana com outros bens jurídicos.

O suicídio assistido nada mais é do que a conduta do crime descrito no artigo 122 do Código Penal, na modalidade de auxílio, pois ajuda a pessoa a retirar a própria vida. A diferença do simples auxílio ao suicídio se dá na motivação, sendo que, no suicídio assistido, o sujeito que auxilia tem fins humanitários, frente a dor (física ou psicológica) que o suicida esteja sentindo. Neste sentido, destaca Carlos Maria Romeo Casabona (apud, LOPES, 2014, p. 62/63):

Esse comportamento diferencia-se do suicídio genérico em virtude de sua motivação, posto que a prática da autoeutanásia, de acordo com Carlos Maria Romeo Casabona: *“seria único medio de abreviar el sufrimiento físico y moral derivado de una enfermedad terminal o de una minusvalía irreversible”* enquanto o suicídio simples *“consiste en quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida que ya no quiere ser vivida por cualquier otro motivo y en circunstancias diferentes”*.

Diferente da eutanásia e ortotanásia, que são formas de chegar a morte por provocação de terceiros, influenciados por piedade, o suicídio assistido é uma forma de autoeutanásia, ou seja, é quando o próprio indivíduo, por razões próprias, seja de dores insuportáveis, seja por algum desgosto com a vida, deseja tirar a própria vida, mas com a assistência de uma terceira pessoa, que se compadece da situação pessoa do suicida.

O suicídio assistido, também conhecido como autoeutanásia ou suicídio eutanásico, é o comportamento em que o próprio indivíduo dá fim à sua vida sem a intervenção direta de terceiros na conduta que o levará à morte, embora essa outra pessoa, por motivos humanitários, venha a

participar prestando assistência moral ou material para a realização do ato. (LOPES, 2014, p. 62).

Creio que o suicídio assistido somente pode se dar da forma de auxílio, pois as formas de indução (criar a ideia) e instigação (fomentar a ideia), não seriam compatíveis, pois não partiriam da vontade expressa e inequívoca do paciente suicida. Tal diferenciação, apesar das duas formas de auxílio ao suicídio serem tipificadas no mesmo crime, o suicídio assistido teria uma atenuante em sua pena, por ter cometido o crime por relevante valor moral, conforme previsto no artigo 65, inciso II, alínea 'a', do Código Penal. Já o simples auxílio, indução ou instigação ao suicídio não, podendo, dependendo da motivação, ter a pena agravada ou majorada.

Diante de tudo isso, o suicídio assistido ainda é considerado como comportamento criminoso, pois a vida ainda é considerada um bem jurídico indisponível, tendo punição pelo nosso Código Penal, até mesmo se da tentativa de suicídio resulta lesões corporais graves, sendo também, tal ato, proibido pela ética médica.

Apesar disso, sabemos que o suicídio é um ato que ocorre com certa frequência em nosso meio social, pois com as dores e sofrimentos intermináveis, muitas pessoas preferem se suicidar, do que viver com tais sofrimentos. Em conversa com uma das escrivãs da polícia civil de Umuarama-PR, obtivemos a informação extraoficial de que há, pelo menos, um suicídio por mês na região, sendo que tal fato não é noticiado em jornais com o fim de não fomentar as pessoas que já estejam pensando em cometer tal ato.

O Brasil, conforme relatórios da OMS, é considerado o oitavo país em número de suicídios. Em 2012, foram registradas 11.821 mortes, sendo 9.198 homens e 2.623 mulheres (taxa de 6,0 para cada grupo de 100 mil habitantes). Entre 2000 e 2012, houve um aumento de 10,4% na quantidade de mortes – alta de 17,8% entre mulheres e 8,2% entre os homens. O país com mais mortes é a Índia (258 mil óbitos), seguido de China (120,7 mil), Estados Unidos (43 mil), Rússia (31 mil), Japão (29 mil), Coreia do Sul (17 mil) e Paquistão (13 mil).<sup>[3]</sup>

Diante disso, observar-se que o suicídio é sim uma prática recorrente de várias pessoas em nossa sociedade, sendo que tais pessoas são condenadas por seus pares, que não entendem o motivo do suicídio, nem tampouco se compadecem de tais situações, demonstrando uma total falta de empatia com o próximo.

Deve-se ver com ressalvas tais colocações do senso comum, pois, a vida é realmente um bem indisponível? Porque uma pessoa não pode retirar a própria vida, sem ser discriminada ou, muitas vezes, rechaçada pela grande maioria das pessoas da sociedade?

Nas palavras de Vieira (2012, p. 165):

O suicídio decorrente de desmotivação de viver; do ódio enraizado dentro de si ou do sentimento de culpa; da vontade de vingança; da sensação de insegurança; da vergonha; da melancolia proveniente de uma perda real ou ideal; da impotência e desamparo; das fantasias de resgate, configura-se, por vezes, em um ato de esperança, libertário ou ainda uma fuga dessa dor. É processo singular, ou seja, cada pessoa, e somente ela, tem a real noção de sua dor, de estar no mundo tal e qual.

Desta forma, vendo que para algumas pessoas o suicídio é a única solução, não seria justo, frente a dignidade da pessoa humana, impedir tal ato, motivo pelo qual, deve ser repensado os dispositivos legais que impedem o suicídio assistido, ou mesmo, que o pune igualmente ao crime de indução, instigação e auxílio ao suicídio.

Ademais, como há uma tendência no projeto do novo Código Penal, pelo que vimos acima, de uma possibilidade de perdão judicial para o crime de eutanásia, porque não se pensar em tal extinção da punibilidade para o suicídio assistido? Se a eutanásia, que entendemos ser mais grave, tem se discutido esta possibilidade, porque no suicídio assistido não poderia ser implementado tal perdão também?

Ora, acreditamos que agir para retirar a vida de alguém é muito mais grave do que somente auxiliar uma pessoa a retirar a própria vida. Questionando, qual conduta é, de forma aparente, mais grave e mais fria?

O ato de aplicar uma injeção letal no paciente, ou, somente o ato de dar a injeção nas mãos do paciente para ele se auto-aplicar?

Creemos que o ato de agir diretamente para a morte de alguém seja mais grave. Diante disso, entendemos que, se a eutanásia terá alguns privilégios, como a possibilidade de perdão judicial, com certeza, por previsão do princípio da proporcionalidade, o suicídio assistido também deverá ter.

Assim, com tais exposições, devemos começar a pensar no suicídio assistido como uma forma legal de eliminação da vida humana, para aqueles que desejam a morte, sendo 'ela' a única solução para os problemas, por se tratar de um dos corolários da dignidade da pessoa humana.

#### **4 O DIREITO DE MORRER FUNDAMENTADO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Como já discutimos acima, hoje, quase toda a humanidade teme a morte, pois a mesma, por ser desconhecida, pelas grandes e discutíveis teorias do pós vida, tem ficado longe das discussões da sociedade, sempre discutindo como adiar a vida.

Mas será que não temos direito à morte? Ou, em outra questão: Será que a vida é um direito ou um dever? Há poucos dias, estudando sobre os direitos fundamentais descritos em nossa Constituição Federal, me deparei com esta pergunta, se a vida é um direito ou um dever!

##### **4.1 Vida: direito ou dever?**

Respondendo a presente questão, verifica-se que a vida é um bem jurídico protegido por nossa Constituição, escrito no caput do artigo 5º, sendo considerado por muitos doutrinadores como um bem jurídico indisponível.

Paulo e Alexandrino (2011, p. 120) descrevem que o “direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado”.

Como afirmam muitos autores, o direito à vida começa com a concepção, sendo que tal direito também está protegido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como, no Pacto de São José da Costa Rica, sendo que tal proteção se inicia desde o ventre materno. (CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK, 2013, p. 215).

Ademais, somente a título de comentário, muito se discute sobre a questão dos direitos dos embriões utilizados para fertilização in vitro, que são descartados após certo tempo, pois há autores que discutem seus direitos referentes à possível vida.

De um ponto de vista inicial em bem superficial, pensa-se que a vida é um bem jurídico indisponível. Isto se dá pelos esforços que o Estado tem desempenhado para punir qualquer tipo de violação contra a vida, principalmente punindo os crimes que atingem diretamente a vida, como o homicídio; indução, instigação e auxílio ao suicídio; infanticídio e o aborto. De outra banda, há de se verificar que a vida pode ser até protegida mediante constrangimento ilegal, conforme dispõe o artigo 146, §3º, II, do Código Penal.

Ademais, no âmbito criminal, verifica-se também outros crimes que protegem de forma indiretamente a vida, como a lesão corporal seguida de morte, latrocínio, abandono de incapaz com resultado morte, sequestro com resultado morte, estupro com resultado morte, dentre tantos outros crimes dispostos na legislação penal.

Vale frisar ainda que a vida tem um caráter de “sagrado” para muitas pessoas, principalmente no campo religioso, onde dizem que a vida, em nenhuma hipótese, pode ser retirada, sob o fundamento que a vida vem de Deus.

Sobre este prisma, é válido expor os pensamentos de Dworkin (2009, p. 115):

... a exemplo de nossa preocupação com a sobrevivência de nossa espécie como um todo, a idéia de que cada vida humana individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada,



um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de “milagre” da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e em continuação deles. (...). A segunda forma de criação sagrada – o investimento humano, em oposição ao natural – é também imediata quando a gravidez é planejada, pois a decisão deliberada dos pais de gerar e trazer ao mundo um filho é, sem dúvida, uma decisão criadora.

Acreditamos que não há discussão sobre a vida ser muito importante. Mas será que ela deve ser imposta sobre quaisquer condições? Pensando do lado de algumas religiões, principalmente na religião cristã, verifica-se que a vida deve prevalecer sobre qualquer outro bem jurídico.

Mas, felizmente, nossa Constituição Federal constituiu o Estado Brasileiro como um estado laico, ou seja, um estado que não tem uma religião como oficial, podendo todo brasileiro escolher e melhor forma de crença que achar mais atraente. E, diante disso, todos os direitos e deveres constitucionais e, até, os infraconstitucionais, devem ser vistos sem a influência da religião, que muitas vezes encobrem a visão do ser humano.

... a dignidade, bem como o direito à vida, à liberdade e à morte devem ser analisados sob esse ângulo, ou seja, sem que as crenças religiosas possam interferir, por intermédio do Estado, em seu exercício. Mesmo porque, especialmente em relação à morte, as diferentes religiões e crenças lidam com ela de maneiras distintas. (DIAS, 2012, p. 85).

Desta forma, deixando a religião e o caráter sagrado da vida para o campo subjetivo pessoal, analisando a vida como um bem jurídico protegido pela Lei, podemos observar que a vida se trata sim de um direito e não um dever, podendo ser relativizada em alguns casos.

E tal relativização está bem estampada na própria constituição federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, onde dispõe a vedação da pena de morte, “salvo em caso de guerra”. Ou seja, temos até a pena de morte em nosso direito.

Verificando mais a fundo, temos os casos de exclusão de ilicitude no próprio Código Penal, descritos em seu artigo 23, podendo o sujeito retirar a vida de outra pessoa em casos de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Desta forma, verificando que o direito à vida não é absoluto, devendo ser analisado ao caso concreto, principalmente nos casos em que se conflitam com o direito à liberdade, também descrito no caput do artigo 5º da Constituição. Ademais, se não fosse desta forma, se a vida fosse um bem absolutamente inviolável, porque não se puniria o suicídio?

Na verdade, pelo que se percebe, nossa legislação, bem como o Princípio da Alteridade, não pune lesão a bem jurídico próprio, dentro deste bem jurídico, a própria vida, sendo que a punição se está na lesão ao bem jurídico de outra pessoa, com as ressalvas de excludentes que acima mencionamos.

Não podemos confundir o “direito à vida” com o “direito sobre a vida”, de modo que a vida individual, bem jurídico, deve ser sempre interpretada conforme a Constituição Federal, fazendo uma ponderação sobre todos os direitos e garantias fundamentais, sendo embasada sempre na Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, verifica-se não só o direito à vida, mas um direito à vida digna, embasando também um direito à morte digna, pois, com base nestes princípios, a morte digna se dá quando uma pessoa não deseja mais viver, em face do sofrimento desumano que está passando.

E tal sofrimento, enfatizando, não é somente um sofrimento físico, mas também psicológico e social, que pode influenciar sobre a vontade da pessoa em continuar vivendo ou, se desejar, em buscar a morte.

O direito fundamental à vida não significa que a pessoa tem a obrigação de viver, mas tem o direito de viver dignamente, sendo que, caso tal dignidade não seja mais possível, o direito à vida traz o direito à morte digna, como fundamento da dignidade da pessoa humana.

#### **4.2 Direito à liberdade e o Princípio da Autonomia**

De outra vertente, verificamos que temos como um direito fundamental o direito à liberdade, sendo um dos direitos mais abertos do nosso Ordenamento Jurídico, pois pode ser a liberdade pessoal, de pensamento, de ir e vir, religiosa, dentre tantas outras espalhadas por nossa Carta Magna. E tal direito está juntamente intitulado no mesmo dispositivo legal que dispõe sobre o direito à vida, ou seja, está disposto no caput, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nas palavras de Montesquieu (apud DIAS, 2012, p. 132): “não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade”.

Tal direito de liberdade decorre diretamente da revolução ideológica liberal, ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, que tinha como lema a liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que tal pensamento e manifestação mudou a sociedade em geral. (PAULO, ALEXANDRINO, 2011).

Tal direito, nesta época, foi descrito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da seguinte forma: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro.”

Interessante este dispositivo legal, pois reflete muito bem sobre o ponto de discussão que trazemos à baila neste estudo, pois, está ligado diretamente ao direito de morrer dignamente, visto que, se eu tirar a minha própria vida, não poderia prejudicar outra pessoa.

E qual é o limite da liberdade? Este é bem claro e disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Tal dispositivo se trata do Princípio da Legalidade, sendo que, para o cidadão comum, ele é livre para fazer tudo o que não é proibido por uma legislação. Diante disso, a liberdade está estritamente interligada com a legalidade, posto que todos nós podemos fazer tudo o que não esteja proibido por prévia disposição legal.

Ademais, a liberdade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pois, não há democracia e dignidade da pessoa humana sem liberdade.

Ressalta-se, por oportuno, que com isso não estamos a sustentar a equiparação, mas a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que, como ainda teremos ocasião de melhor analisar, a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigência da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 56).

E dentro da liberdade concedida por nossa Constituição, temos o Princípio da Autonomia da Vontade, prevendo a possibilidade do indivíduo ser livre em suas vontades e de determinar-se conforme seus pensamentos.

Segundo Morais (2010, p. 292):

Semanticamente, *autonomia* é derivado do grego *autos*, que significa ao mesmo tempo o *mesmo*, *ele mesmo* e *por si mesmo*, e *nonus*, que significa *compartilhamento*, *lei do compartilhar*, *uso*, *lei*. Nesse sentido, autonomia significa propriamente a competência humana em *dar-se suas próprias leis*. Da junção dos dois termos confere à ideia de autonomia o significado de autogoverno; autodeterminação para a pessoa tomar decisões que afetam sua vida, saúde, integridade físico-psíquica e relações sociais. Portanto, autonomia refere-se à capacidade do ser humano de decidir o que é *bom*; aquilo que é seu *bem-estar*.

A autonomia dispõe que a pessoa pode se determinar da forma que achar correta, ter autodeterminação, ou seja, é a capacidade de fazer os atos que escolher, sendo que se opõe à servidões externas ou submissão aos desejos de outras pessoas.

Diante disso, verifica-se que a autonomia está interligada aos direitos fundamentais, especificamente nos direitos da personalidade, previstos em nossa Constituição Federal, sendo também um princípio basilar decorrente da dignidade da pessoa humana.

Assim, todos os cidadãos, especificamente os Brasileiros, diante do que prevê a Constituição Federal, possuem a liberdade e autonomia de escolherem sobre a vida e a morte, se isso somente resultasse em prejuízos para si próprios, não podendo o Estado interferir em seus direitos amplamente protegidos.

Ademais, tal direito de morrer dignamente, como já exposto algumas vezes acima, faz parte da dignidade da pessoa humana, ponto central do presente estudo.

#### **4.3 A dignidade da pessoa humana e o direito de morrer.**

Chegamos ao principal fundamento do direito à morte, ou seja, é com base especialmente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que se fundamenta o direito à vida digna e, também, à morte digna.

Conceituando a dignidade da pessoa humana, importante trazer as palavras de Sarlet (2012, p. 73), que o fez, brilhantemente, da seguinte forma:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, a dignidade da pessoa humana é inerente a todo ser humano, sendo que tal dignidade não pode ser retirada, ou seja, não há possibilidade de que o indivíduo perca sua dignidade. Diante disso, vale ressaltar que, mesmo as pessoas que tenham violando gravemente a dignidade de outras pessoas, como os criminosos, nunca perderá a sua dignidade. Aliás, mesmo

após a morte, a dignidade da pessoa humana surte efeitos. (BARBOSA-FOHRMANN, 2012).

A dignidade da pessoa humana, de uma abordagem história, teve início no período clássico, sendo que o ser humano era considerado importante e digno frente à posição social que tinha perante a sociedade. Após, o pensamento estóico entendia-se que a dignidade da pessoa humana era inerente a todo ser humano, estando vinculado a ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo. Com o advento do cristianismo, o ser humano começou a ser visto por sua essência ou substância pessoal, vinculado à relação de Deus com a humanidade, pois o homem foi feito à sua imagem e semelhança. (CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK, 2013).

No período posterior, adentrando no jusnaturalismo, diante de uma concepção a partir da natureza racional do ser humano, Immanuel Kant cria o conceito de dignidade da pessoa diante da autonomia da vontade, criando a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como objeto. Define que o ser humano, em função de sua racionalidade, ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. (SARLET, 2012).

... no contexto plasmado por Kant, pode-se afirmar que a dignidade impõe que o homem seja tratado, na totalidade de suas relações sociais, como sujeito, e não como objeto, o que implica no reconhecimento da sua capacidade de autodeterminar-se no direito do livre desenvolvimento da personalidade, fomentando-se que o indivíduo exercite suas próprias opções “sem perder a autoestima nem o apreço da comunidade. (SIQUEIRA, OLIVEIRA, 2013, p. 214).

A partir de então, começou-se a pensar e falar muito sobre a dignidade da pessoa humana, sendo até criada uma legislação específica com a revolução francesa, denominada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

No século XIX, por influência dos movimentos trabalhistas, que reivindicavam melhores condições de trabalho das camadas sociais menos favorecidas, começou-se um movimento pela dignidade do trabalho, alegando que a sociedade deveria assegurar ao indivíduo relações de

respeito para com os outros indivíduos, sob pena de estar negando a própria dignidade da pessoa em caso de discriminação social. (BARBOSA-FOHRMANN, 2012).

Mas, somente após as duas guerras mundiais, com as atrocidades vistas contra a pessoa humana, é que tais ideias de dignidade da pessoa humana começaram a ser mais fortificadas e estabelecidas para a toda a sociedade, especialmente nos países ocidentais, sendo, então, criadas várias normas de direito internacional, sendo destacada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana está consagrada em nossa constituição, não como direitos e garantias fundamentais, mas como um dos fundamentos do Estado, visto que se encontra no artigo 1º, inciso III, da CF, devendo servir de norte para o intérprete e para o legislador.

Nas palavras de Canotilho, Mendes, Sarlet, e Streck, (2013, p. 124/125):

Em termos gerais, a doutrina constitucional parte do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana assenta-se em fundamento ético-filosófico, sendo ínsita à condição humana, representando um “princípio supremo no torno da hierarquia das normas”. Com efeito, a qualificação normativa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, da Constituição não contém apenas (embora também) uma declaração de conteúdo ético, na medida em que representa uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material. Como tal, afigura-se inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.

Diante disso, verifica-se que a dignidade da pessoa humana deve ocupar um lugar de destaque, constituindo um núcleo essencial dos direitos fundamentais, não podendo estes direitos, a exemplificar como a vida e a liberdade, ser contrários à dignidade da pessoa humana.

Ademais, a dignidade da pessoa humana deve ser analisada em duplo efeito. Primeiramente deve agir como limitador do poder de atuação do Estado. Em segundo plano, deve agir para assegurar a igualdade entre as pessoas.

Assim sendo, ingressando no ponto central do presente trabalho, observamos que há um conflito de direitos, especialmente entre o direito fundamental da vida, que para muitos tem o caráter de indisponibilidade, contra o direito da liberdade, dentre eles, da liberdade de escolha pela morte.

De um ponto bem superficial, observa-se que a vida deve vir em primeiro lugar, sendo que se for para analisar e qualificar a vida em relação à liberdade, sempre opinaremos para salvar a vida. Mas, de um ponto mais profundo, diante do fundamento do estado constitucional brasileiro que é a dignidade da pessoa humana, verificaremos que a vida não se sobrepõe à liberdade de escolha da morte digna, visto que está atrelada à dignidade da pessoa humana.

Ademais, conforme afirma Barroso (2013, p. 275):

A autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.

Assim, também faz parte da dignidade da pessoa humana o direito de escolher o rumo da própria vida, dos próprios bens, se tais rumos não prejudicarem terceiros pessoas. E é o que se propõe com o presente trabalho, pois temos sim o direito a uma morte digna, visto que há casos extremos em que a vida não seria mais humana, muito menos digna.



Neste mesmo sentido, Vieira (2012, p. 161) expõe “que existe, sim, o direito de morrer quando a dignidade da pessoa humana deixa de “existir”, em razão do sofrimento físico ou psíquico, levando-nos à reflexão de que se assim não fosse seria necessário apenar a tentativa, além de considerar o viver uma obrigação.”

O que vale a vida de uma pessoa moribunda, vegetando em uma cama, em um hospital, podendo ser visitado por algumas horas somente por seus parentes? Tal prolongamento da vida somente prejudicará mais o paciente e seus familiares, sendo que, conforme acima já discutido na distanásia, tal atitude é totalmente desumana.

Assim, a eutanásia, ortotanásia e o suicídio assistido, deve sim, ser formas de morte digna para as pessoas que não desejam mais viver, não somente em casos de doenças terminais, mas também em casos em que a pessoa, que está sofrendo por algum motivo relevante, possa escolher a boa morte, se isto não prejudicar a terceiras pessoas.

E isso se dá pelo fato de que, quando a vida não ser mais digna, a dignidade da pessoa humana, atrelada ao direito fundamental da liberdade, possibilita a concessão da boa morte, pois, se continuar viva, a pessoa terá tal vida como um fardo e não como uma dádiva.

Conforme afirma Moraes (2010, p. 36): “A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”

Vale ainda acrescentar que a “prevalência da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial sempre é, em primeiro plano, de ser aferida na situação concreta, da pessoa diretamente atingida, não podendo ser dissolvida no contexto coletivo...” (SARLET, 2012, p.145).

No mesmo sentido, verifica-se no direito alemão o seguinte pensamento:

Contudo, o ponto crucial (e a verdadeira “questão tormentosa”) no debate sobre a inviolabilidade da dignidade humana é representado pela hipótese de sua relação com os direitos fundamentais e também pela possibilidade de ser envolvida no jogo das “ponderações” com outros direitos e bens constitucionais protegidos. É claro que essa perspectiva exige, por certo, abandonar a concepção absoluta e também diferenciar a dignidade segundo cada caso concreto, e a partir de uma escala gradual de proteção. De acordo com as concepções absolutas da dignidade humana, a inadmissibilidade de ponderação com outros direitos decorre da premissa de que a dignidade humana [*Menschenwurde*] não é e não tem conteúdo de direito. Além disso, afirma-se que ela tem um significado algo extraordinário na ordem dos valores [*Wertordnung*] da Lei Fundamental, de tal modo que escaparia dos cânones interpretativos dos direitos fundamentais. (RIDOLA, 2014, p. 73/74).

Assim, cada caso deve ser analisado em concreto, na prática, devendo ser verificado o motivo pelo qual a pessoa não está querendo mais viver, pois, em muitos casos em que há tratamentos, tais possibilidades devem ser disponibilizadas, com o fim, sempre, de evitar a morte.

Mas como disse acima, em casos extremos, onde não se há mais razões para viver, a possibilidade da boa morte deve ser concedida à pessoa, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sobre esta possibilidade, Dworkin (2009, p. 251) trouxe alguns exemplos:

Todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhe sejam permitido morrer. Às vezes, pedem que outras as matem. Algumas delas já estão morrendo, muitas em meio a grandes sofrimentos, como Lillian Boyes, uma inglesa de setenta anos que agonizava devido a uma forma terrível de artrite reumatoide, com dores tão lancinantes que nem mesmo os analgésicos mais poderosos conseguiam mitigar. Lillian gritava de dor quando seu filho, delicadamente, lhe tocava as mãos com as pontas dos dedos. Algumas pessoas querem morrer porque não querem continuar vivas da única maneira que lhes resta, como Patrícia Diane Trumbull, uma nova-iorquina de quarenta e cinco anos que estava com leucemia e recusou

tratamento quimioterápico e os transplantes de medula mesmo depois de informada de que o tratamento lhe ofereceria uma entre quatro possibilidades de sobreviver. Patrícia assim decidiu porque conhecia a devastação resultante do tratamento e achava que a probabilidade de sobreviver não compensaria o sofrimento atroz que teria de suportar.

Em exemplos análogos, continua o ilustre pensador:

Ou Janet Adkins, uma mulher do estado de Oregon que, aos cinquenta e quatro anos de idade, sabia estar nos estágios iniciais do mal de Alzheimer e preferia morrer quando ainda em condições de tomar essa decisão por si própria. Às vezes, os parentes pedem permissão para pôr fim à vida de algum membro da família, pois o paciente em questão já se encontrava em estado vegetativo irreversível. Foi o caso de Nancy Cruzan, cujo córtex cerebral fora destruído por falta de oxigênio depois de um acidente e cujo suporte vital foi finalmente retirado em 1990, depois de passar sete anos vivendo como um vegetal e de seus pais terem recorrido diversas vezes do Supremo Tribunal. (DWORKIN, 2009, p. 251).

Assim, como dito, em casos extremos, a morte é, sem dúvida, a única solução plausível, pois, qual seria a dignidade de viver sem um mínimo de felicidade? Acredita-se que nenhuma. Não há razão para que o Estado e a sociedade interfira, de forma tão brusca, na vida privada e íntima das pessoas, tolhendo a liberdade de escolha e de autodeterminação de seu futuro, mantendo tal pessoa a cumprir uma pena, sem mesmo ter cometido crime algum, infringindo assim, a sua dignidade como ser humano.

Ao contrário disso, o Estado deve zelar sempre pela vida digna, feliz e saudável, sendo que, em casos onde não se há o mínimo, caso o sujeito queira e esteja totalmente esclarecido quanto às consequências, o direito de morrer deve ser disponibilizado, sem responsabilizações penais e civis para aqueles que, sem interesse algum, os auxiliar.

Ademais:

Não podemos compreender o que a morte significa para as pessoas – por que alguns preferem morrer a continuar existindo, permanentemente

sedados ou incompetentes; por que outros preferem “lutar até o fim”, mesmo quando em meio a sofrimentos terríveis ou quando já perderam a consciência e não têm como saborear a luta; por que tão poucas pessoas acham que, uma vez inconscientes para sempre, morrer ou viver não faz absolutamente qualquer diferença – não conseguiremos compreender nada disso, ou muitas outras coisas que as pessoas pensam sobre a morte, enquanto não a pusermos de lado por um momento e nos voltarmos para a vida. (DWORKIN, 2009, p. 281).

Não estamos propondo aqui que as pessoas, que estejam com problemas de saúde ou pessoas infelizes, sejam mortas. Mas queremos que elas tenham o direito de decidir por elas mesmas, com seus próprios fundamentos pessoais, com suas justificativas, com sua liberdade de autodeterminação.

Conforme escreve Vieira (1999, p. 89): “A nosso ver, é mais acertada a corrente defensora do ser livre e autônomo, o qual pode renunciar a todo direito, inclusive ao direito à vida, desde que sua escolha seja realmente voluntária, resultante de uma informação completa e bem detalhada acerca da questão.”

Sendo assim, finalizando, observa-se que, diante do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, atrelado ao direito à liberdade e à vida digna, existe sim, em nosso Ordenamento Jurídico, a possibilidade da pessoa escolher a boa morte, pois, se a mantivermos viva, perderemos a essência do nosso Estado Democrático, bem como, estaremos causando-lhe mais lesões do que a própria morte.

## **5 CONCLUSÃO**

Concluindo tal trabalho, podemos observar que a morte não deve ser tratada como um tabu, como algo desconhecido, devendo ser combatida a todo custo pelos profissionais da saúde ou pelos operadores do direito. A morte deve ser vista como um fato natural, inerente à pessoa humana, pois todos os seres vivos, humanos ou não, irão morrer um dia.

Assim, a morte nada mais é do que o fim de todos. É a única certeza que temos da vida. Sei que é difícil aceita-la, mas devemos sempre

compreendê-la e estar preparados para ela, seja a hora que for, vivendo dignamente nossas vidas, buscando sempre a felicidade e a paz interior.

Há casos em que a vida digna é impossível, por determinadas razões. Tem-se discutido muito sobre as formas de abreviação da vida nos casos de doentes terminais, que estão em uma cama de hospital, sem qualquer probabilidade de reabilitação, trazendo muito sofrimento para todos os seus entes queridos. Mas há de se falar também dos casos em que a pessoa não deseja mais a vida, que já tentou de todas as formas encontrar a felicidade e não se conseguiu, pois, porque estas pessoas também não teriam o direito à morte digna?

Acreditamos que todos tem a liberdade de escolher o melhor momento para a morte, sendo que, se submeter tais pessoas a tratamentos obrigatórios, com certeza, para elas, seria pior do que a morte, sendo então infringido sua dignidade e sua liberdade de escolha.

Assim, devemos discutir mais sobre o presente assunto, sobre o direito à morte digna e suas formas obtenção, com o fim de obtermos o direito de viver com dignidade, acabando com a prisão interior e a falta de liberdade de pessoas que estão em busca da felicidade, seja na vida ou na morte.

Ademais, na própria bíblica é descrito: “Mas vale a morte que uma vida na aflição; e o repouso eterno que um definhamento sem fim.” (Eclo 30, 17).

## **6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARANHA, M. L. de A. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.

BARBOSA-FOHRMANN, A. P. **A dignidade humana no direito constitucional alemão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECARIA, C. **Dos delitos e das penas**. eBooksBrasil.com. Retirado do site:

<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf>. Acessado em 07/12/2014.

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Versão dos Monges de Maredsous. São Paulo: Ave Maria, 1994.

CABETE, E. L. S. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

DIAS, R. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FORTES, P. A. de C. **Ética e saúde**. São Paulo: EPU, 1998.

FRANÇA, G. V de. **Direito médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, A. C. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2014.

MASSON, C. R. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, v. 2.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, I. M. de, **Autonomia pessoal e morte**. Revista Bioética, 2010. Retirado do site [http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/File/565/538](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/File/565/538). Acessado em 07/12/2014.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

RIDOLA, P. **A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, M. C. C. L. **Transplante de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET. I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, F. L. de. **Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância**. Birigui: Boreal, 2013.

VIEIRA, T. R. **Ensaio de bioética e direito**. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012.

\_\_\_\_\_. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

[1] Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

[2] Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[3] <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/09/brasil-e-o-8-pais-com-mais-suicidios-no-mundo-aponta-relatorio-da-oms.html>.

## O PRENÚNCIO DA PÁ DE CAL NA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

**PAULO SAINT PASTOUS CALEFFI:**  
Advogado. Mestre e Especialista em  
Ciência Criminais pela PUCRS.

**Resumo:** O presente artigo versa sobre os problemas que envolvem a execução provisória da pena no sistema processual penal brasileiro, especialmente no que concerne ao respeito à garantia constitucional da presunção de inocência, aqui visto sob seu cariz de valor político-constitucional. No atual contexto nacional em que se investe sobremaneira em relativizações de garantias fundamentais e em falsas soluções punitivistas, torna-se imprescindível que o processo penal se imponha desde os princípios consagrados na Carta Magna 1988. Dessa maneira, pretende-se demonstrar os novos contornos do posicionamento construído pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, especialmente após a manifestação do Ministro Alexandre de Moraes acerca da viabilidade da execução provisória pena, uma vez que o seu posicionamento ainda não era formalmente conhecido.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Presunção de Inocência; Execução Provisória da Pena; Supremo Tribunal Federal.

---

### 1. Introdução

O presente artigo busca analisar os efeitos da execução provisória da pena privativa de liberdade após o posicionamento exposto pelo Ministro Alexandre de Moraes acerca da viabilidade da execução provisória pena, e a consequente violação do princípio da presunção de inocência, já advinda dos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Ao se verificar a constante flexibilização das garantias constitucionais e dos pressupostos de punição penal, estabelecemos como ponto nodal a ser analisado o princípio político-jurídico da presunção de inocência, garantia fundamental da Carta Constitucional de 1988, segundo a qual o indivíduo somente pode ser considerado culpado com o trânsito em



julgado da sentença penal condenatória. Equivocado, portanto, estabelecer que “o núcleo da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição”.<sup>[1]</sup> Se os últimos movimentos da Suprema Corte demonstram que o tema está longe de qualquer consenso, necessário seu trato de maneira academicamente robusta buscando contribuir com a discussão.

Dessa forma, a análise do tema, a seu modo, passa a configurar um movimento de resistência pela salvaguarda dos direitos do acusado, ambicionando minimizar a incidência de julgamentos precipitados cada vez mais frequentes no Poder Judiciário. Pretende-se, em suma, demonstrar que o clamor social pela punição de eventuais suspeitos não pode ser maior do que a preocupação de não submeter um inocente a uma injusta condenação. Razão pela denota-se a fragilidade do argumento de que a presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente”.<sup>[2]</sup>

## **2. A recente manifestação do Ministro Alexandre de Moraes**

O Ministro Alexandre de Moraes finalmente manifestou-se formalmente acerca da execução provisória da pena, por oportunidade de julgamento realizado perante a Primeira Turma do STF no dia 06/02/2018. Como já vinha deixando transparecer em algumas declarações, o Ministro alinhou sua posição no sentido da viabilidade do instituto após a realização do julgamento de segunda instância (duplo grau de jurisdição).

De forma a justificar seu entendimento, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que “para se afastar o princípio da presunção de inocência e permitir a prisão, é preciso que haja pelo menos dois julgamentos de mérito, na primeira e segunda instância”. Com o máximo respeito, a afirmação do eminente Ministro desconsidera por absoluto a previsão contida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O trânsito em julgado se materializa quando a decisão judicial se torna imutável e, portanto, não sendo mais passível de ser revisada com a interposição de novos recursos. A partir desta compreensão é que o princípio da presunção de inocência caracteriza-se como uma basilar garantia do acusado no processo penal, pois enquanto a condenação não transitar em julgado, não é possível restringir a sua liberdade. A exceção de tal regramento constitucional se dá apenas nas situações em que estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva (art. 312 do CPP), o que nada tem a ver com cumprimento antecipado de pena.

Sem qualquer dúvida, a partir de uma *interpretação contrária a todo e qualquer limite semântico*[3] do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena, não só afrontam de maneira definitiva garantias fundamentais do acusado, mas frustram, também, todo um legado de conquistas democráticas da sociedade brasileira.[4] Por força disso, acaba-se por deturpar toda a estrutura do devido processo legal, ao passo que a prisão acaba tornando-se regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Deve restar claro que o acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual enraizada na Constituição, um direito fundamental inegociável de todo o acusado que se vê constantemente afetado por trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras de postulados de nosso ordenamento jurídico, ainda mais, quando alicerçados numa errônea interpretação do princípio da presunção de inocência.

No que concerne a análise comparativa de ordenamentos jurídicos, no mínimo, deve ser considerada inadequada. E mesmo que, por aços, tais apontamentos fossem verdadeiros (ocorrência da execução provisória da pena como regra após o duplo grau de jurisdição), eles jamais poderiam servir para a demolição de tão relevante garantia do sistema constitucional brasileiro. Raciocinar dessa forma, sem dúvida, é no mínimo ignorar que a toda nação corresponde uma tradição jurídica e que isto representará desdobramentos singulares, em especial na estruturação de suas respectivas Cartas Constitucionais. Em última análise, para além de estabelecerem os direitos e garantias dos cidadãos, tais pactos políticos

asseguram que as especificidades sociais, políticas, econômicas e jurídicas de determinado povo sejam respeitadas.

Diante disso, parece pertinente questionar: “quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?”.<sup>[5]</sup>

Ademais de todo dito acerca do desrespeito técnico-jurídico das posturas consolidadas pelo STF, cabe se interrogar em que horizonte se colocam os posicionamentos de uma Suprema Corte que deveriam ser o primeiro anteparo às violações constitucionais? Que sintoma indicam quanto a anemia democrática sinalizada politicamente nos dias que correm? Será exatamente em tempos de urgência de violência punitiva, aparentemente irrefreáveis, que um gesto de resistência se impõe a todos, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva.<sup>[6]</sup>

Fica a esperança que algum dos Ministros favoráveis à viabilidade da execução provisória da pena reconsidere, como aliás vem sendo noticiado, o entendimento firmado no HC 126.292/SP, de modo a deixar de lado a insistência em não reconhecer (de uma vez por todas) que o aludido instituto é inconstitucional.

### **3. Considerações finais**

De forma sucinta, podemos apontar que o acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual enraizada na Constituição, um direito fundamental inegociável de todo o acusado. Diante de tal compreensão, evidencia-se a grave insegurança jurídica resultante das decisões da maioria dos Ministros da Suprema Corte, que a partir de uma errônea interpretação acerca do princípio da presunção de inocência, bem como de uma inadequada comparação com ordenamentos jurídicos de outros países, acabaram por fulminar a indispensável presunção de inocência do cidadão no processo penal.

Ao “resgatar” a execução provisória da pena privativa de liberdade, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal enfraqueceu a previsão contida no art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que se torna desnecessário justificar e fundamentar a necessidade de o acusado ser preso preventivamente antes de transitar em julgado a sentença condenatória. Assim sendo, resta escancarada a possibilidade de a segregação se tornar regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Desse modo, prevalecendo a posição manifestada pelo Ministro Alexandre de Moraes, o que fica é o prenúncio da pá de cal na presunção de inocência.

#### NOTAS:

- [1] SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. p. 193.
- [2] LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. p. 454.
- [3] STRECK, Lenio. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.
- [4] Cf. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292 ss.
- [5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 05 de outubro de 2016.
- [6] AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>.

## ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO TERCEIRO SETOR

### **ALICE SANTOS VELOSO NEVES:**

Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

**RESUMO:** A Organização Administrativa do Estado e a sua própria forma de execução de suas atividades, por quais instituições são assuntos abordados no presente artigo. E como a sociedade, as atividades da Administração Pública e sua Organização estão em constante alteração, possuindo recentes alterações legislativas sobre o assunto. Trata-se basicamente dos setores de atuação da Administração Pública e dos Entes de colaboração no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Administração Pública Direta e Indireta; Entes do Terceiro Setor.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Setores da Administração Pública. - 3. Administração Pública direta. - 4. Administração Pública indireta. - 5. Entes de colaboração no Estado Democrático de Direito. - 5.1. Organização Social (OS), - 5.2. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), - 5.3. Serviço Social Autônomo (SSA). - 6. Conclusão - Referências.

---

### **1. Introdução**

A Organização Administrativa é de grande relevo para a formação da Teoria Geral do Direito Administrativo, considerando que toda a atividade administrativa existe por meio da atuação dos órgãos ou de entidades públicas.<sup>[1]</sup>

A atuação da Administração Pública é realizada pela estrutura do Estado, por isso torna-se essencial entendê-la. Essa estrutura administrativa pode ser dividida em três níveis: em relação aos agentes públicos, os órgãos públicos e as entidades[2].

O presente artigo se pauta na especificação dos centros de decisão e das pessoas jurídicas destinadas à consecução do interesse público, respectivamente os órgãos e entidades, visto que o Estado somente é capaz de atuar por meio de suas unidades administrativas.

Considerando que cada vez mais o Estado moderno, de feição social e cooperativa[3]intervém em todas as áreas da sociedade, havendo considerada mescla de atividades entre o setor público e o privado, um intervindo na atuação do outro.

Uma das atividades da Administração Pública é justamente a do Direito da Organização Administrativa, que está em constante comunicação com a sociedade, sendo interessante definir como os particulares podem interferir e interagir para desempenharem atividades de interesse geral da sociedade, em constante transformação.

A Organização Administrativa Federal possui diretrizes apresentadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 que dispões sobre a organização da Administração Pública Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa.

## **2. Setores da Administração Pública**

Para melhor compreensão de qualquer área torna-se necessário um olhar multidisciplinar para entender a influência e os aspectos principais dos setores que afetam a Administração Pública.

Ao tratar sobre a Organização Administrativa observa-se a influência dos institutos, formas e meios em que é realizada a própria atividade estatal.

A partir da teoria do jurista Leon Duguit, conhecido como o fundador da “Escola de Serviço Público” ou “Escola de Bourdeux”, temos que a concepção de atividades estatais era entendida como serviços públicos, constituindo a própria essência do Estado. Duguit reformulou a *teoria do*

*Estado e as bases do Direito Público, propondo o serviço público como conceito que substituiria o conceito de poder público, constituindo a própria razão de existir o Estado*<sup>[4]</sup>.

Nesse intuito, considerando-se as formas e meios de serem desempenhadas as atividades, a atuação estatal, podemos dividir o Estado em setores de atuação. O setor público é considerado como o primeiro setor, as empresas ou o mercado, como segundo setor e a divisão em direito já conhecida do terceiro setor.

Lembre-se que esta divisão não é usual. De forma diversa a economia também retrata os setores de produção, de atividade econômica, como o setor primário, baseado na extração de bens e recurso do meio natural, com pouca transformação antes de seu consumo; o setor secundário, que agrupa as atividades econômicas encarregadas da transformação de bens e recursos extraídos do meio natural (matérias-primas) em produtos elaborados, sendo suas atividades essenciais a construção e a indústria; e o setor terciário que inclui todas as atividades em que não se produzem bens materiais de forma direta, as quais, portanto, não se encaixam dentro da definição dos outros dois setores econômicos, sendo conhecida conhecida como serviços.

Na divisão dos setores da Administração Pública do Estado Democrático de Direito, como inicialmente explanado, temos que as atividades próprias do Estado, a Administração Pública em si, são também denominadas de Primeiro Setor, como dito é o denominado “setor público”. Nele há a clara preocupação com os fins para a sociedade, seguindo regras e princípios de direito público.

O Segundo Setor é o setor do mercado, das atividades econômicas, pelo conjunto das empresas que exercem atividades privadas, que atuam em benefício próprio e particular. O investimento do mercado é de direito privado e visa suas próprias atividades, mediante o lucro.

O Terceiro Setor é constituído de organizações sem fins lucrativos, atuando nas lacunas deixadas pelos setores públicos e privados, buscando o bem-estar social da população. No caso, o Terceiro Setor é formado por

atividades que não são nem públicas e nem privadas, mas *formado por entidades privadas da sociedade civil que exercem atividades de interesse público sem finalidade lucrativa*<sup>[5]</sup>.

O terceiro setor é também formado por entidades paraestatais e tem regime predominantemente de Direito Privado. A Administração Pública acaba por incentivar o desenvolvimento das atividades do terceiro setor em razão de seu alcance social, enquadrando-se em função de fomento.

Nesse sentido temos que a sociedade organizada acaba por instituir os setores de atuação ou em colaboração com as atividades estatais, sendo constituídas pelo setor do Estado (1º setor), o mercado (2º setor) e as organizações não governamentais, tais como Organizações Sociais – OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (3º setor).

Como o interesse resta em relação a atuação do Estado e seus entes fomentadores, será exposto observações sobre o primeiro e terceiro setor.

### **3. Administração Pública direta.**

A terminologia Administração Direta e Indireta possui definição no Decreto-Lei nº200/67, nos termos de seu art. 4º, incisos I e II:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.



A administração pública direta são os titulares das atividades administrativas diretas da Administração Pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. É composta de órgãos, que não possuem personalidade jurídica própria e estão diretamente ligados ao chefe do Poder Executivo, sendo exemplos os ministérios, suas secretarias, coordenadorias e departamentos.

Nesse sentido, por serem pessoas jurídicas de direito público estão sujeitos às prerrogativas e obrigações inerentes a esse regime, extensíveis inclusive aos seus órgãos.

Exige-se, por exemplo, a realização de concursos públicos, devendo haver licitação e há subordinação aos procedimentos de finanças públicas, como os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000.

Possuem tratamento de Fazenda Pública, sendo que seus atos administrativos gozam dos atributos de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de coercibilidade, e, da mesma forma que seus contratos, seguem o regime administrativo, contando com as cláusulas exorbitantes. Possuem privilégios tributários, tal como a imunidade recíproca para os impostos, nos termos da conforme art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.

Há que considerar que o pagamento de seus débitos judiciais está sujeito ao regime de precatório previsto no art. 100 da carta magna. Aliás seus bens estão protegidos pelo regime público, sendo alienáveis de forma condicionada, impenhoráveis, imprescritíveis e não podem ser objeto de oneração.

Quando as atividades administrativas são desempenhadas por um único ente federativo, por meio de órgãos despersonalizados e sem divisões internas em repartições ou departamentos, ocorre a concentração desses atos, situação rara, pois a própria Constituição Federal insiste na ação cooperada entre os entes federativos<sup>[6]</sup>.

A organização desconcentrada significa repartição interna de atribuições administrativas aos diversos órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica, sob uma mesma ordem hierárquica, como é o caso dos Ministérios da União e das Secretarias estaduais e municipais.

#### **4. Administração Pública indireta.**

A Administração Pública indireta ou Descentralizada é composta por pessoas jurídicas que possuem autonomia e podem ser regidas por regras do direito público ou do direito privado.

Importante alteração para as pessoas jurídicas regidas por regras de direito privado foi a publicação da Lei 13.303/16, considerado o estatuto das estatais, pois disciplina o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos” (art. 1º, caput).

São características comuns a todas as pessoas jurídicas da Administração Indireta ter personalidade jurídica, sendo que a sua criação ou extinção dependem de lei e possuem finalidade específica, prevista também em lei, nos termos do art. 37, XIX. Interessante entender que as pessoas jurídicas da administração indireta não possuem fins lucrativos, mas possuem autonomia administrativa, técnica e financeira, pelo menos ao teor da doutrina e em previsão nas leis que as criam. A Administração Direta exerce sobre elas supervisão ou controle, no máximo, sendo a ela jurisdicionadas, não existindo submissão de poder hierárquico.

Autarquias, Fundações Públicas, Agências Reguladoras e Associações Públicas são exemplos de entes da Administração Indireta regidos por regras de direito público. E são pessoas de direito privado as Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundações Governamentais.

Observe que a existência de lei para realizar a criação é requisito das Autarquias. Lei específica apenas autoriza a criação dos entes de direito privado, eis que sua criação seguem os requisitos descritos pelas regras de direito empresarial.

Em relação às fundações, podem ser públicas ou privadas, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência. Uma fundação pública é espécie similar a uma autarquia ou também chamada de Autarquia Fundacional, o que exige a necessidade de lei para ser criada. Se a fundação, instituída pelo poder público, seguir o direito privado será denominada de Fundação Governamental, devendo lei autorizar sua criação.

Diferem das Fundações completamente privadas, em que não estão na administração pública e se constituem com recursos integralmente privados, como Fundação Ayrton Senna. Seguem regras dispostas no Código Civil, devendo inclusive o Ministério Público supervisionar, fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi instituída, conforme preceito exposto no art. 66 do Código Civil. Ressalta-se que nas fundações instituídas pelo poder público, sejam ela privadas ou públicas é dispensável essa fiscalização, independente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta.

As autarquias são Pessoas Jurídicas de direito público, criadas e extintas por lei específica, tem finalidade própria, não tem fins lucrativos, e são jurisdicionadas à administração direta, a qual exerce supervisão ou tutela ministerial, um tipo de controle finalístico diverso da subordinação hierárquica.

Possuem como objetivo desenvolver atividades típicas de Estado, nos termos do art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/67, podendo prestar serviços públicos, promover o fomento ou exercer poder de polícia, sendo impossível exercer atividade econômica.

As Agências Reguladoras são autarquias qualificadas, sob regime especial, devendo haver um grau maior de liberdade, sendo dotadas de

maior autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial. *Foram criadas para fiscalizar e controlar a atuação de investidores privados que passaram a exercer as tarefas desempenhadas, antes da privatização, pelo próprio Estado*<sup>[7]</sup>. Possuem dirigentes com mandatos fixos e que são estáveis durante esse período, sendo protegidos de exonerações imotivadas, para proteger as atividades que exercem, com maior grau de independência decisória.

As Agências Executivas é um instrumento da administração gerencial e se compõe de pessoas jurídicas da Administração Pública (autarquias, fundações públicas e órgãos) qualificadas como tal, após assinatura de contrato de gestão, o qual amplia sua autonomia, mediante fixação de metas de desempenho.

As Associações Públicas estão descritas no art. 241 da Constituição Federal que autoriza a gestão associadas dos entes federativos de serviço público, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Os consórcios públicos formados por entes públicos, sendo integrante da Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados, formando uma entidade interfederativa.

As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado. De um lado as Empresas Públicas possuem seu capital totalmente público, tem forma organizacional livre e suas causas judiciais são julgadas perante a Justiça Federal. De outro bordo, as Sociedades de Economia Mista tem forma obrigatoriamente de Sociedade Anônima, com maioria do capital votante público e suas causas são julgadas perante a Justiça Comum Estadual.

As demais diferenças entre esses últimos citados entes dependem de sua atuação preponderante. Se prestar serviços públicos, algumas regras de direito público lhe são extensíveis, como a obrigatoriedade de licitar, imunidade a impostos, seus bens são públicos e possuem responsabilidade objetiva. Já àquelas que exercem atividade econômica possuem menor influência do Direito Administrativo, mas ainda são obrigadas a licitar, exceto para bens e serviços relacionados com suas atividades finalísticas.

## 5. Entes de colaboração no Estado Democrático de Direito.

A Administração Pública incentiva o desenvolvimento de atividades que fomentam o setor público e que *juntamente com os serviços públicos e o poder de polícia forma o conjunto de três atividades principais da Administração Pública Moderna*<sup>[8]</sup>.

Também denominados de entes do terceiro setor ou entidades paraestatais, por atuarem ao lado do Estado, apesar de controvérsia doutrinária existente, serão detalhados a seguir.

### 5.1. Organização Social (OS)

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, prestadoras de atividades de interesse público e que, por terem preenchido determinados requisitos previstos na Lei nº 9.637/98, recebem a qualificação, que é um tipo de título ou selo, de “organização social”.

A pessoa jurídica, depois de obter esse título de “organização social”, poderá celebrar com o Poder Público um instrumento chamado de “contrato de gestão” por meio do qual receberá incentivos públicos para continuar realizando suas atividades. As regras relacionadas com as organizações sociais estão previstas na Lei n.º 9.637/98. Veja o que diz o art. 1º:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Para uma Organização Social ser qualificada como tal deve cumprir os requisitos elencados no art. 2º da Lei n.º 9.637/98, não podendo ter finalidade lucrativa, deve possuir um órgão de deliberação superior e de direção em que tenha participação de representantes do Poder Público e de

membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

Há obrigatoriedade da pretensa Organização Social publicar anualmente, no Diário Oficial, seus relatórios financeiros e relatório de execução do contrato de gestão, sendo ainda proibido a distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade.

Nos termos da lei deve haver, ainda, previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Destaca-se que mesmo se a pessoa jurídica preencher todos os citados requisitos não significa imediata qualificação como Organização Social, pois isso depende de uma decisão discricionária, avaliando-se a conveniência e oportunidade para concessão de tal qualificação.

Atuam em áreas de serviço público não exclusivo de Estado, que podem ser exercidos por particulares, devendo ser de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde, sendo tratado pela doutrina majoritária como rol taxativo.

De grande importância foi o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1923-DF, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 16/04/2015, mas publicado em 17/12/2015 no acórdão eletrônico DJe-254.

A partir do citado julgamento pacificou-se pontos controvertidos a respeito das organizações sociais. Exercem relevante papel na sociedade, atuando na prestação de serviços não exclusivos do Estado, tendo em vista que o Poder Público pode atuar no domínio econômico (atividades econômicas) ou na área social por meio de intervenção direta, quando ele mesmo age disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, ou

indireta, quando faz uso de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos. Essa atuação indireta ocorre mediante atividades de regulação do mercado ou de fomento, concessão de incentivos e estímulos.

Definiu que em qualquer das situações, o certo é que a Administração Pública atua sob o ângulo do resultado, ou seja, verificando se os objetivos buscados estão sendo atingidos. Assim, a partir da celebração do contrato de gestão ocorre a cessão de recursos, bens e de pessoal da Administração Pública para as entidades privadas que deverá atingir metas e resultados estipulados.

Por ter finalidade de induzir práticas sociais benéficas, de fomentá-las, colaborando com o Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais, o julgado da ADI foi importante para pacificar que as organizações sociais podem usar bens públicos mesmo sem licitação e contratar como o Poder Público por dispensa de licitação, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei n.º 9.637/98 e no art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/1993, exercendo a chamada “função regulatória da licitação”.

Segundo a teoria da função regulatória da licitação o Estado acaba por incentivar a criação de entidades particulares que atuem em sua colaboração, servindo possibilidade de contratação direta, sem licitação como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la como mecanismo de indução de determinadas práticas de mercado que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade.

Apesar da possibilidade de ser afastado o certame licitatório há a necessidade de serem observados os princípios constitucionais, devendo a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com ampla publicidade.

Ao celebrar contrato de gestão a organização social pode receber recursos orçamentários, não se submetendo ao dever de licitar para aquisição de produtos e serviços. Deve seguir os princípios constitucionais

e da Administração Pública, estipulados no *caput* do art. 37 da CF, destacando-se a impessoalidade, observados regulamentos próprios, que fixará regras objetivas e impessoais para o uso dos recursos financeiros, conforme previsão do art. 4º, VIII da Lei nº 9.637/98.

Em relação aos empregados das organizações sociais, estes não são servidores públicos, mas devem ser contratados por procedimento objetivo e impessoal, devem seguir os princípios da Administração Pública, mas sem exigência de efetivo concurso público.

Nesse sentido resumem-se as conclusões dessa importante ADI ajuizada contra diversos dispositivos da Lei 9.637/98 (que trata sobre as organizações sociais) e também contra o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais, em que o Plenário do STF não declarou os dispositivos inconstitucionais, mas deu interpretação conforme a Constituição para deixar explícitas as seguintes conclusões[9]:

**a) o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o disposto no art. 20 da Lei 9.637/98;**

**b) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF;**

**c) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei 9.637/1998, art. 12, § 3º) são válidas, mas devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF;**

**d) a seleção de pessoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput”**



**do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e**

**e) qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas deve ser afastada.**

STF. Plenário. ADI 1923/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 15 e 16/4/2015 (Info 781).

Resumidamente, em relação as OS's temos que são regidas pela Lei nº 9.637/98, sendo suas características a de tornar possível que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assumam atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos da Administração Pública. Há uma transferência para a iniciativa privada. São formalizadas via assinatura de Contrato de Gestão, após serem devidamente qualificadas, por ato discricionário. Atuam em áreas mais restritas: ensino; pesquisa científica; desenvolvimento tecnológico; proteção e preservação do meio ambiente; cultura e saúde, devendo ter requisitos específicos determinados na lei de regência, em seu art. 2º. Em relação a sua composição, o conselho de administração deve ter de 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público.

## **5.2. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)**

Pessoas jurídicas de direito privado, com existência de mais de um ano que celebram com o estado termo de parceria, seguindo o regramento instituído pela Lei nº 9.790/99.

As OSCIP's se assemelham às organizações sociais, na medida em que podem também ser fundação privada ou associação, a qual receberá a qualificação de OSCIP, por ato vinculado, sendo que eventual indeferimento deve ser fundamentado. Ao receber a qualificação poderá celebrar termo de parceria, e não contrato de gestão, específico para as OS's. A qualificação das OSCIPs não visam absorver atividades desenvolvidas pelo Estado, mas

tão somente uma parceria, de intuito colaborativo. A OSCIP atua em colaboração.

O art. 2º da Lei 9.790/99 não disciplina os requisitos específicos, cuidando das hipóteses em que não se poderá qualificar o pessoa jurídica como OSCIP.

As áreas de atuação das OSCIP são mais amplas, como: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; meio ambiente; combate à pobreza; direitos humanos e outros, nos termos do art. 3º da Lei 9.790/99.

O Poder Público pode participar, via seus servidores públicos, da composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

### **5.3. Serviço Social Autônomo (SSA)**

Os serviços sociais autônomos são conhecidos como entidades parastatais, também denominados de sistema “S”, por estarem ligadas a estrutura sindical. São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por lei, e que se destinam a prestar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, como por exemplo: SESI, SENAC, SESC, SENAI, SEBRAE, SEST, SENAT etc.

Essas pessoas jurídicas fomentam as diversas categorias profissionais, que são importantes para o Estado, prestando serviços de utilidade pública.

Podem receber recursos orçamentários, não significa dizer que estão recebendo, depende de cada lei orçamentária, de cada momento. Especialmente são beneficiárias da parafiscalidade, e conseqüentemente cobram contribuição parafiscal, por serem perseguidoras de interesse público. Sistema ‘S’ cobra tributos, mas não cobra diretamente, estando, portanto, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas. Obedecem os princípios básicos de licitação, sendo permitido regulamento próprio, de menor complexidade.

## 6. Conclusão

O Estado compõe o primeiro setor, ao passo que o mercado, as relações empresarias e econômicas configuram o segundo setor. Já o terceiro setor são atividades fora dos dois primeiros setores, sendo composto por entidades privadas da sociedade civil que exercem atividades de interesse público sem finalidade lucrativa.

Percebe-se que a convivência em sociedade está em constante alteração, assim como o direito. Pelo dinamismo e evolução do Direito Administrativo temos que o critério de definição de vários institutos tem sido alterado ao longo dos séculos, sendo que a própria definição de Administração Pública foi alvo de diversas escolas.

Na França, no século XIX, desenvolveu-se a teoria da Administração ligada ao Serviço Público. Para seus defensores, o Direito Administrativo regula a instituição, a organização, e o funcionamento dos serviços públicos, bem como a prestação aos administrados. Foi especialmente defendida por Leon Duguit, que indicava que o objeto do Direito Administrativo deveria ser visto em seu sentido amplo, sendo serviços públicos todas as atividades Estatais, de direito constitucional a atividade econômica.

Outro defensor dessa escola foi Gaston Jèse que desenvolveu um olhar mais estrito da Administração, ao considerar serviço público tão somente a atividade material do Estado, com prerrogativas de direito público, excluindo, portanto, os serviços administrativos internos e os serviços industriais e comerciais, predominantemente privados.

Atualmente, no Brasil, a teoria mais aceita pela doutrina é a de o Direito Administrativo constitui o ramo do direito que rege a Administração Pública como forma de atividade, em que define suas pessoas administrativas, organização e agentes. Regula, então, os seus direitos e obrigações, umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho da atividade administrativa.

Nesse sentido, o artigo apresentado possuiu o intuito de melhor explicitar os setores da Administração Pública e suas respectivas

organizações e as que atuam em cooperação ao Estado, com um olhar de que sempre podemos melhorar o desenvolvimento da atividade estatal a partir de uma melhor compreensão de seus institutos.

### Referências

BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9637.htm)> Acesso em: 30 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm)> . Acesso em: 10 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BORDALO, Rodrigo. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORTOLETO, Leandro. *Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *10 Principais julgados de DIREITO ADMINISTRATIVO 2015*. Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/retrospectiva-10-principais-julgados-de.html> >. Acesso em 10 de fev 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Wander. *Super-revisão: Concursos Jurídicos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

ROSSETI, Disney. [A crise do serviço público e a concepção de Léon Duguit: uma visão finalística](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3396, 18 out. 2012.

NOTAS:

[1] FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p115.

[2] BORDALO, Rodrigo. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.81.

[3] Conforme especificação do jurista Lucas Furtado.

[4] ROSSETI, Disney. [A crise do serviço público e a concepção de Léon Duguit: uma visão finalística](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3396, 18 out. 2012.

[5] MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

[6] Como preceitua o art. 241 da CF que trata sobre os *consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos*.

[7] MAZZA, Alexandre. Obra citada, p. 135.

[8] MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, p. 155.

[9] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *10 Principais julgados de DIREITO ADMINISTRATIVO 2015*. Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/retrospectiva-10-principais-julgados-de.html> >. Acesso em 10 de fev 2018.

## **ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS QUANTIAS DEVOLVIDAS PELOS DELADORES DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

**FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO:**  
Advogada. Pós-graduanda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em Planejamento Tributário Estratégico (2018). Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2016).

**RESUMO:** Analisam-se as questões relacionadas com a tributação dos atos ilícitos, perpassando pela discussão se deve ser cabível ou não a incidência de tributos dos valores devolvidos pelos delatores da Operação Lava Jato. O nosso Código Tributário Nacional no seu artigo 3º proíbe a existência de tributos que “constituam sanção de ato ilícito”, pois tributo visa a arrecadação. No entanto, é nesse ponto que aflora o princípio da pecunia non olet, o qual defende que o dever de pagar tributo surge com a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante as circunstâncias e fatos remotos à ocorrência do fato gerador do tributo, ou seja, tributa-se ainda que as circunstâncias sejam oriundas de ilícitos. Todavia, o que estamos levando em consideração neste trabalho é a quantia devolvida na Lava Jato, ou seja, os efeitos da ilicitude (confisco, restituição, etc.), sob esse ponto é que será abordado as divergências doutrinárias, realizando o estudo de casos concretos sob a óptica jurisprudencial, para assim, apontar a assertiva adotada majoritariamente no Direito Tributário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Tributário. Pecunia non olet. Tributação Lava Jato. Tributação atos ilícitos.

**ABSTRACT:** This paper will analyze the issues related to the taxation of illicit acts, passing by the discussion if the money refunded by plea bargain in Car Wash Operation should be taxed or not. Our National Tax Code in Article 3 prohibits the existence of taxes that "constitute a punishment to an unlawful act", because a tribute aims to collect revenue. At this point, we have the principle of pecunia non olet, which means that the duty to pay tax arises with the occurrence of the triggering event, being irrelevant circumstances and remote facts to the taxable event of the tax, or in other words, taxed even in circumstances are derived from unlawful. However, what we are considering here is the amount returned in Car Wash Operation, that is the effects of

unlawfulness (confiscation order, restitution, etc.) from this point we look over doctrinal differences, studying the concrete cases under the jurisprudential perspective, pointing, thus, the solution mostly adopted in Tax Law.

**KEY WORDS:** Tax Law. Pecunia non olet. Taxation in Car Wash Operation. Taxation in illicit acts.

---

A nova fase da operação Lava-Jato em que se discute se caberia a União tributar ou não os valores devolvidos pelos delatores desta operação têm suscitado grande dúvida na seara tributária.

Obviamente, a Receita Federal decidiu pela tributação dos montantes devolvidos pelos delatores, sob o argumento de aplicar o princípio da pecunia non olet<sup>[1]</sup> a esses casos. Destaca-se, assim, a reportagem publicada na mídia<sup>[2]</sup>, na terça-feira (27/03/2017), a qual noticiou que o Fisco realizou sua primeira autuação fiscal em face do doleiro Alberto Youssef em mais de R\$ 1 bilhão, referente a imposto de renda e multa sob o valor revelado na delação premiada e devolvido por ele.

A problemática neste ponto, é que não se pode generalizar a tributação dos atos ilícitos, aplicando de forma abstrata o princípio da pecunia non olet, conforme a Receita Federal vem querendo empregar. Para que haja a incidência desse princípio, o Supremo Tribunal Federal<sup>[3]</sup> entende que é preciso o contribuinte revele capacidade contributiva, ou seja, é necessário que o mesmo demonstre certa disponibilidade econômica.

Ocorre que nem sempre o contribuinte desponta tais características, como é o caso dos delatores desta operação Lava-Jato, já que eles devolveram as quantias desviadas, inclusive com multas e juros.

Dessa forma, o presente artigo tentará buscar a melhor solução a este impasse permeando a doutrina tributária nacional e estrangeira, na tentativa de traçar um comparativo entre as decisões jurisprudenciais das cortes superiores do nosso ordenamento e do direito alienígena. Para tanto utilizar-se-á como metodologia de pesquisa o método hipotético-dedutivo combinado com o analítico-comparativo.



Desse modo, analisar-se-á de forma separada: (i) a tributação “do” ato ilícito; (ii) a tributação “no” ato ilícito; e (iii) a tributação “dos efeitos” da ilicitude; o que embora ressoe como um jogo de palavras, esta divisão criada pelo autor Paulo Roberto Andrade na sua obra “Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos”<sup>[4]</sup> é muito mais que isso. Ao analisar, separadamente, estes diferentes contextos da tributação, temos a possibilidade de distinguir a incidência da norma tributária em cada caso.

Ao examinar a tributação “do” ato ilícito, percebe-se que a doutrina de forma unânime rechaça tal prática, uma vez que nosso ordenamento por força do artigo 3º do CTN<sup>[5]</sup> proíbe a existência do tributo-sanção. Isto é, o tributo não pode constituir sanção de ato ilícito.

Em outras palavras, o tributo não pode ter na sua hipótese de incidência (norma) um ato ilícito, pois isso faria com que ele deixasse de ser tributo e passasse a caracterizar-se como uma norma sancionatória (multa).

Dessa forma, na tributação “do” ato ilícito leva-se em conta a própria ilicitude do ato, ou seja, tributa-se por ser um ilícito, o que não é compatível com nosso ordenamento. Um exemplo nessa hipótese é do adicional do IPTU sobre a mais valia<sup>[6]</sup>, o qual não teve sua cobrança admitida pelo STF, já que a norma teria como objetivo sancionar o ilícito administrativo (mais valia).

No entanto, o cenário da tributação “no” ato ilícito, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF, apresenta-se totalmente distinto do anterior. Aqui há uma indiferença acerca da ilicitude do ato, incidindo a tributação pelo simples fato do contribuinte ter manifestado uma riqueza, ou seja, em virtude de ter ocorrido um fato gerador lícito e legalmente definido na norma tributária.

Nesta seara, defende-se a tributação “no” ato ilícito com base nos fundamentos do princípio da *pecunia non olet* e, conseqüentemente, da capacidade contributiva. Isto é, só interessa a autoridade fiscal os efeitos econômicos produzidos pelos atos dos contribuintes, não importando a validade dos atos, licitude ou até a moralidade dos mesmos.

O fundamento para aplicação do princípio do *non olet*, não é a sanção como na tributação “do” ato ilícito, mas sim a capacidade contributiva do sujeito, ou seja, basta que haja a manifestação de riqueza para a norma tributária incidir. Este é o entendimento do STF, expresso no *leading case* HC 77530[7] de 1988 e HC 94240[8] de 2011.

Insta salientar, que o Fisco tributar apenas as atividades lícitas e desconsiderar as riquezas oriundas de ambientes ilícitos para nossa Corte Suprema é até uma violação ao princípio da isonomia.

Diversamente, ao analisar a tributação “dos efeitos” da ilicitude percebe-se que o entendimento é outro. Isso porque a ocorrência de certos efeitos (consequências decorrentes diretamente do ilícito) são capazes de suprimir a capacidade contributiva do infrator, o que torna o princípio da *pecunia non olet* inaplicável ao caso.

São exemplos de efeitos da ilicitude a pena do confisco, de perdimento ou ainda a devolução do produto do crime à vítima. Nestes casos temos a supressão da capacidade contributiva do sujeito que cometeu o ato ilícito, o que impede a aplicação do princípio da *pecunia non olet* e, por conseguinte, a incidência tributária.

Desse modo, o efeito do confisco é algo próprio da condenação penal. Destaca-se aqui o artigo 7º, II “Lei de Lavagem de Dinheiro”, nº 9.613/98, o qual permitiu a aplicação desta pena nos processos da Lava-Jato.

Para a doutrina de forma majoritária, tanto a brasileira como a do direito comparado, entendem que na ocorrência do confisco não deve haver tributação[9]. Todavia, causa certa divergência de opinião o momento em que essa tributação deixa de incidir.

Há autores, como Misabel Derzi[10], que defendem que não se tributa atos ilícitos em decorrência da própria ilicitude. Tal ideia é difundida por esta autora como a Teoria do Perdimento, isto é, ocorrendo o ato ilícito, o produto da ilicitude deverá ser perdido, ou seja, devolvido aos cofres públicos. Sendo assim, aquela assevera que “*havendo perdimento, não há acréscimo patrimonial*” e, não havendo acréscimo patrimonial não há que se falar em hipótese de incidência da norma tributária.

Corrobora a este entendimento o autor Hugo de Britto Machado<sup>[11]</sup> e Renato Lopes Becho<sup>[12]</sup>, este defende de forma ainda mais incisiva a não tributação de valores confiscados, alegando que os autores que admitem a tributação em atos ilícitos desconsideraram o que prescreve o Código Penal e as Leis Penais Especiais, ou seja, desprezaram a pena do confisco. Assim, para esta teoria quando houver enriquecimento com atos ilícitos, o infrator não deve nem ser tributado e, sim, sofrer a pena de confisco. Todavia, tal entendimento é minoritário na doutrina brasileira.

Diferentemente da primeira corrente, as demais defendem que só não deverá incidir tributação quando acontecer o confisco, já que a pena do confisco da riqueza manifestada no fato gerador teria o potencial de suprimir a capacidade contributiva objetiva, inicialmente revelada pelo infrator. Caso contrário, eles defendem a tributação “nos” atos ilícitos (por força do *non olet*).

Nesse sentido, alguns autores defendem<sup>[13]</sup> que só quando há decisão judicial determinando o confisco é que a incidência tributária é afastada, enquanto isso não ocorre, só há suspensão do lançamento. Embora esta corrente pareça ser a mais correta, pois não implica em gastos desnecessários com fiscalização e lançamento do tributo; ela é inexecutável no direito brasileiro, porque não temos no rol das hipóteses de suspensão do lançamento tributário a hipótese que suspenda o lançamento quando há investigação jurisdicional que pode acarretar a pena do confisco.

Outros doutrinadores, como Herrera Molina<sup>[14]</sup>, defendem que poderia o contribuinte deduzir do valor confiscado a despesa paga a título de tributo. Contudo, é inviável tal assertiva uma vez que não temos a opção de dedutibilidade de qualquer valor do total a ser confiscado, pois o valor do confisco deve corresponder o total do produto do crime.

Há ainda quem entenda que só quando houver decisão judicial confirmando a efetivação e sucesso do confisco é que passará a não incidir o tributo e, caso o contribuinte já tenha pago os impostos, ele poderá fazer uso da ação de repetição de indébito. Este entendimento merece ser rechaçado, tendo em vista que não é função da autoridade fiscal perquirir se os bens confiscados satisfizeram a pena do confisco, mas sim competência

da autoridade judiciária, até porque o Poder Judiciário, sobretudo, área penal possui meios melhores de intimidar o infrator.

Por fim, a última corrente, defendida por Chico de la Cámara e Clara Jiménez[15], é a que mais se adequa ao ordenamento brasileiro. Esta defende que enquanto não houver decisão impondo a pena do confisco, deve haver tributação. *A posteriori* se houver decretação do confisco, o contribuinte poderia recorrer a ação de repetição de indébito para recuperar os valores pagos erroneamente a título de tributo.

Sendo assim, pode a autoridade fiscal reconhecer a não incidência da tributação nos casos das delações premiadas, uma vez que elas já têm a sentença judicial confirmando o acordo e determinando a pena de confisco.

Ademais, ao analisar tal questão no direito comparado, em países como a Espanha, a Itália, a Alemanha e em parte dos Estados Unidos, conclui-se que eles adotam esta premissa de que não há incidência tributária nos efeitos da ilicitude quando a capacidade contributiva do sujeito que cometeu o crime é suprimida.

Relembrando que o direito comparado italiano possui um papel basilar no nosso estudo, tendo em vista que toda a operação Lava-Jato foi inspirada no caso “*mani pulite*” na Itália, qual seja, a Operação Mãos Limpas em 1992.

A Operação Mãos Limpas foi uma impressionante atuação do Judiciário Italiano no combate contra a corrupção política e administrativa instalada no país. Estima-se que o custo da corrupção no país chegou em uma década na casa de um trilhão de dólares[16].

Nesse contexto de grande mobilização contra a máfia e corrupção do país, promulga-se a Lei 537 de 1993 que passa a permitir a tributação em atos ilícitos, o que até então não era pacífico no país. Tal lei passa a prever no seu artigo 14.4 que trata das “disposições relativas à receita”:

“Art. 14.(...)

*4.Nelle categorie di reddito di cui all’articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato*

*com decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria”. [17]*

O autor Paulo Roberto Andrade traduz e explica o artigo 14.4 acima da seguinte forma:

“Devem entender-se compreendidos nas categorias de renda referidas no art. 6.1 do Texto Único do Imposto de Renda – TUIR, (...) se em alguma delas classificáveis, os proventos derivados de fatos, atos ou atividades qualificáveis como ilícitos civis, penais ou administrativos, **desde que não já submetidos a sequestro ou confisco penais**. Tais rendas serão determinadas segundo as disposições da respectiva categoria em que se enquadrem”. [18]

Conclui-se que da época do *mani pulite* aos dias atuais, a Corte Italiana admite a tributação “nos” atos ilícitos, embora não reconheça a incidência tributária em casos de confisco e sequestro dos proveitos oriundos de práticas ilícitas. Ou seja, dependendo dos efeitos da ilicitude, torna-se inviável a tributação.

Retornando ao caso concreto, é possível vislumbrar que os delatores da operação Lava-Jato não apresentam mais a manifestação de riqueza que autoriza o fisco a aplicar o princípio *da pecunia non olet*, porque se comprometeram a devolver as quantias desviadas, foram condenados a pagar multa altíssima pelo crime, assim como estão respondendo a penas privativas de liberdade.

A fim de corroborar tal entendimento, faz-se necessário a leitura do dispositivo da sentença que condenou o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa:

“(...) como previsto no acordo e com base no art. 91 do Código Penal, decreto o confisco, como produto do crime, dos bens relacionados na cláusula sexta e oitava do referido acordo, até o montante correspondente a R\$ 18.645.930,13, e sem prejuízo do confisco do excedente em caso de condenação nos demais processos pelos quais responde Paulo Roberto Costa.

Como condição do acordo, deverá ainda pagar a indenização cível acertada com o Ministério Público Federal, nos termos do acordo, no montante de cinco milhões de reais”[19].

Dessa forma, o argumento da Receita Federal de que os delatores possuem capacidade contributiva é totalmente rechaçado quando analisado a situação concreta da condenação deles.

O ponto que pode provocar questionamentos: é se realmente os colaboradores da Operação devolveram todos o valor oriundo do crime de lavagem de dinheiro ou não[20]. Para entender a problemática, é preciso compreender que no instituto da delação premiada o infrator tem que ter confessado tudo que recebeu ilicitamente, caso contrário a delação pode ser rompida e invalidada, conforme observado o trecho da sentença:

“Caso haja descumprimento ou que seja descoberto que a colaboração não foi verdadeira, poderá haver regressão de regime e o benefício não será estendido a outras eventuais condenações. ”[21]

Além disso, é cediço que a Receita Federal em conjunto com a força tarefa do MPF consegue através da fiscalização vislumbrar qualquer acréscimo patrimonial a descoberto que um infrator possa ter tido.

Para o Direito Tributário, quando a renda líquida do contribuinte for menor que o acréscimo patrimonial dele no mesmo período, ele teve um acréscimo patrimonial a descoberto e, para esta hipótese a Receita Federal tem base legal para cobrar imposto de renda e multa por sonegação, conforme artigo 55, XIII, do RIR/99.

Nesse sentido, tributar o dinheiro restituído pelos delatores com fundamento de que talvez eles não tenham devolvido tudo, é um tanto criticável, pois a Receita Federal possui artifícios para descobrir se a pessoa manteve algum dinheiro de origem ilícita para si, ou ainda se usou o dinheiro ilícito para adquirir qualquer bem.

Há ainda o argumento de que não tributar os delatores revelaria uma ofensa ao princípio da isonomia o que é algo infundado, já que os colaboradores da Operação perderam toda a renda oriunda da corrupção. Ou seja, já fora aplicado um tratamento diferenciado e, bem mais severo, aos infratores da Lava-Jato.

Ademais, caso se permitisse a tributação sob as quantias devolvidas na Lava-Jato estaríamos diante até de uma hipótese de tributo-sanção (o que é reprovável no nosso ordenamento jurídico por força do artigo 3º do CTN, conforme mencionado), pois a autoridade administrativa tem total confirmação de que o ato que originou tais riquezas é ilícito, pois os próprios delatores já confessaram toda operação criminosa.

Portanto, o Fisco ao tributar estas quantias, não está desconsiderando as circunstâncias ilícitas, conforme ocorre no princípio do *non olet*, ele está tributando justamente por ser um ilícito, pois o fundamento de que possuem capacidade contributiva não pode ser aplicado, conforme já demonstrado.

Por fim, caso se tribute as quantias devolvidas, este tributo evidencia um efeito confiscatório, o que é proibido pela nossa CRFB em seu artigo 150, IV, pois ao tributar as quantias devolvidas pelos delatores da Lava-Jato, estaria o Estado recuperando todo o dinheiro oriundo do crime e ainda recebendo o valor pago à título de Imposto de Renda, ou seja, teríamos uma tributação que ultrapassa os 100%.

Sendo assim, não deveria incidir a tributação sobre os valores devolvidos pelos seus delatores da operação Lava-Jato, porque houve a devolução de todo o produto do crime, retirando, pois, a capacidade contributiva objetiva que permite a Receita Federal tributar riquezas oriundas em ambientes ilícitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 9º Ed. São Paulo, 2015.

ANDRADE, Paulo Roberto. **Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

IBDT, **Instituto Brasileiro de Direito Tributário**. Ata da Mesa de Debates do dia 10/12/2015. Disponível no site: . Acesso: 17/07/2016.

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 7. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECHO, Renato Lopes. **Discussão Sobre a Tributabilidade de Atos Ilícitos**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 172, 2010, p. 105/106.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Lejus, 1998, p. 606.

BELLINI, Frederico. **Princípios de Derecho Tributario**, p. 341.

BERLIRI, Antonio. Op. Cit., p. 338/339. Tradução de ANDRADE, Paulo Roberto. **Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 86.

BORIA, Pietro. **La Tassazione delle Attività Illecite**. Rivista di Dirritto Tributario. n.7/8, p. 511, 1991. Tradução de ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 134/135.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, Saraiva. 14º Ed., 2007, p. 572.

Casación Penal no. 2798 de noviembre de 1993. In CHICO DE A CÂMARA, Pablo. P. 86. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 235.

CÓDIGO PENAL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso: 17/11/2016.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Decreto-lei no 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso: 17/11/2016.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível: . Acesso: 17/11/2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição de 1988. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: 17/11/2016.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

DIRECÇÃO – **Geral dos Impostos**. Disponível em: . Acesso em: 10/10/2016. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 94.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 181.

FAVEIRO, Vítor Antônio Duarte. **Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português**. Lisboa: Coimbra Ed., 1984, p. 202. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 95.

GALARZA, César José. **La Tributación de los Actos Ilícitos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Editotial, 2005, p. 149. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 139.

GIANNINI, Aquile Donato. **Istituzioni di Diritto Tributario**. Milano: Giuffrè, 1944, p. 320. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 134.

GIANNINI, Aquille Donato. **Il Rapporto Giuridico D'Imposta**. Milano: Giuffrè, 1937, p. 6. Tradução de ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 95.

GRAU, Eros Roberto. **Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1975, p. 81. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 131.

HENSEL, Albert. **Derecho Tributario**. Trad. Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuéllar Seerano e Enrique Ortiz Calle. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 28. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 126.

HENSEL, A. **La Influencia del derecho tributário sobre la construcción de los conceptos del Derecho Público**. In: ANDRADE, Roberto Paulo. Op. Cit., p. 135.

HERRERA, Pedro M. Molina. **Fiscalidad de los Actos Ilícitos: la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 37. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 134.

JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Sentença da ação penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000**. 13º Vara Federal de Curitiba. Disponível: . Acesso: 17/11/2016.

LEGGE 537 de 1993. Artigo 14.4. Disponível: . Acesso: 22/10/2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 679.

MACHADO, Hugo de Britto. **A Pena de Perdimento de Bens e a Insubsistência do Fato Gerador da Obrigação Tributária**. Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, nº 3, volume 1, 2011, p. 57-70.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda**. Revista dos Tribunais, São Paulo de 1995, v. 84, n. 712, p. 119. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 140.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **“A lava jato em números”**. Disponível: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>. Acesso: 15/06/2016.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. II, p. 355.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Tributação das atividades ilícitas**, p. 331. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 113.

MORO, Sergio Fernando. **Artigo: Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Código Tributário Alemão**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: IBDT, 1928, p. 4. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 91.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. **A Interpretação Econômica no Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 123. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 142.

NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA. Ley 58/2003. Disponível: . Acesso 22/10/2016.

O GLOBO: **Receita Federal vai autuar delatores da Operação Lava-Jato**. Notícia de 30/11/2016 por Martha Beck. Disponível: . Acesso: 17/11/2016.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, n. 22, p. 35, out/dez de 1950. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 256.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. **O Princípio do “PECUNIA NON OLET” e seus Reflexos no Direito Penal**. Artigo publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (BOLETIM IBCCRIM). Ano 20, boletim nº 232, publicado em Março de 2012.

ROCHA, Joaquim Manuel Freitas. **As Modernas exigências do princípio da capacidade contributiva: sujeição a imposto dos rendimentos provenientes de actos ilícitos**. Boletim da Direção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1998, p. 181. In ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 194.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.155.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Hacienda y Derecho**. Tradução de MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Tributação das Atividades Ilícitas**, citação p. 331.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Sonegação de Tributo Incidente sobre Produto de Crime: Imoralidade Anunciada**. Boletim IBCCRIM, ano 10, nº 118, p. 7, de setembro de 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Contribuição ao estudo do regime jurídico das normas tributárias indutoras como instrumento de intervenção sobre o domínio econômico**. Tese da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, p. 43. *In* ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 101.

SIQUEIRA, Vanessa. **Direito Tributário Sistematizado**. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2009, p. 33/34.

SOLER ROCH, María Teresa. **La Tributación de las Actividades Ilícitas**. Civitas: Revista española de derecho financeiro, Madrid, 1995, n. 85, p. 17. *In*: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 175.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Estudos de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 163.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentário ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 33.

SUPREME COURT OF UNITED STATES. **James v. United States**, 366 U.S. 213 (1961). Disponível: . Acesso: 25/10/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **HC 77530**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível:.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **HC 94240**. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível:.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **Informativo nº 637**. Disponível: . Acesso: 14/06/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RE 18.729** – SP. Relator Ministro Nelson Hungria. Disponível: . Acesso em: 25/01/07). *In* ANDRADE. Roberto Paulo. Op. Cit., p. 113.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RE 94.001**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível: . Acesso: 11/08/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: **REsp 984.607/08**. Relator Ministro Castro Meira. Disponível:.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TESORO, Giorgio. **Principi de Diritto Tributario**. Bari: Luigi Macri, 1938, p. 175. Tradução de ANDRADE, Paulo Roberto. **Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 86.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

#### NOTAS:

[1] O princípio da *pecunia non olet* pode ser extraído do artigo 118 do CTN, o qual afirma que interessa ao ente tributante apenas os efeitos econômicos produzidos pelos atos dos contribuintes, não importando a validade dos atos, a licitude ou até a moralidade dos mesmos. Ou seja, há um desapego dos fatos e circunstâncias apartados à ocorrência do fato gerador. Em outras palavras, incide tributação quando há a concretização de um fato gerador, ainda que este seja fruto de circunstâncias ilícitas.

[2] Receita cobra tributo sobre propina mesmo de dinheiro devolvido. Disponível: <http://www.valor.com.br/politica/4914726/receita-cobra-tributo-sobre-propina-mesmo-de-dinheiro-devolvido>. Acesso: 27/03/2017.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **HC 77530 RS**, Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível:.

[4] Nomenclatura atri buída pelo autor ANDRADE, Paulo Roberto. **Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos**. São Paulo: *Quartier Latin* do Brasil, 2008, p. 123.

[5] Artigo 3º Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

[6] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RE 94.001**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível: . Acesso: 11/08/2016.

[7] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **HC 77530**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível:.

[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **HC 94240**. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível:.

[9] SOLER ROCH, María Teresa. **La Tributación de las Actividades Ilícitas**. Civitas: Revista española de derecho financeiro, Madrid, 1995, n. 85, p. 17. In: ANDRADE, Paulo Roberto, Op. Cit., p. 175. Soler Roch chega a afirmar que o entendimento de que não incide tributação em caso de confisco é o único assunto pacificado na doutrina.

[10] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 7. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

[11] MACHADO, Hugo de Britto. **A Pena de Perdimento de Bens e a Insubsistência do Fato Gerador da Obrigação Tributária**. Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, nº 3, volume 1, 2011, p. 57-70.

[12] BECHO, Renato Lopes. **Discussão Sobre a Tributabilidade de Atos Ilícitos**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 172, 2010, p. 105/106.

[13] Autores como: Frederico Bellini, Joaquim Manuel Freitas Rocha, Andrei Zenkner, Jorge Cucci, Roberto Bitencourt, Soler Roch, entre outros. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 174.

[14] HERRERA, Pedro M. Molina. **Fiscalidad de los Actos Ilícitos: la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 37. In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 134.

[15] In: ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 181.

[16] MORO, Sergio Fernando. **Artigo: Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

[17] LEGGE 537 de 1993. Artigo 14.4. Disponível: . Acesso: 22/10/2016.

[18] ANDRADE, Paulo Roberto. Op. Cit., p. 235/236.

[19] JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. 13º Vara Federal de Curitiba. **Sentença da ação penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000**. Disponível: . Acesso: 17/11/2016.

[20] Observa-se esta discussão na **ata da Mesa de Debates do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT)** do dia 10/12/2015. Disponível no site: . Acesso: 17/07/2016.

[21] JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. 13º Vara Federal de Curitiba. **Sentença da ação penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000**. Citada acima.

## INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

**LUCIANO ROBINSON CALEGARI:** Advogado. Pós graduado pela UNIFMU em direito Civil "latu sensu", com licenciatura para o magistério, extensão extra curricular pela UNIFMU em direito condominial, membro e palestrante da comissão de cidadania pela OAB/SP tatuapé, membro da ABDFAM, defensor público conveniado com a OAB/SP.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo explicar o estudo do livro autor Arion Sayão Romita, Prof. da Pós Graduação em Direito da Universidade Gama filho, cujo tema é “FLEXIGURANÇA” A Reforma Do Mercado De Trabalho, editado pela LTR, 2008, com 84 páginas. O tema explica a ocorrência da “flexigurança” no âmbito do Direito do Trabalho, com o objetivo de adaptar e obter a junção entre a flexibilização e a segurança no mercado de trabalho. Os estudo tem ainda, como fulcro, transcrever sobre os pontos positivos do tema, tais como a reforma no mercado de trabalho e a transformação dos métodos de produção, enfim, regular as relações de trabalho e flexigurança, com maior flexibilidade da legislação trabalhista e preservar a garantia e segurança individual do trabalhador. Ao final, apresentar uma crítica sobre o tema.

---

### INTRODUÇÃO

Observa-se que a “reforma do mercado de trabalho pela flexibilização de normas com segurança”, é o tema principal do livro, ainda, observa-se que é analisado as modificações ocorridas nas formas de organização do trabalho com efeitos na legislação trabalhista. O estudo do autor transmite sem dúvidas, que a flexibilidade é o rumo para ocorrência dessa reforma, e flexibilizar é conciliar os recursos do empresariado com a urgência de oferecer segurança individual ao empregado.

Ao buscar uma rápida consulta pela palavra “flexigurança”, na “Wikipédia”, a enciclopédia livre, o termo “flexigurança”, é a contração das palavras flexibilidade e segurança, ou flexissegurança, ou flexurança: (É *um*



*modelo de Estado-providência que promove uma política pro-ativa no mercado laboral.)*

É uma combinação de duas características, por um lado a fácil contratação e despedimento por parte das empresas, e por outro lado maiores benefícios para os desempregados como maiores períodos de subsídio, formação e apoio na procura de emprego.[1]

Foi primeiramente aplicado Dinamarca e o desemprego caiu de 12% para 4,4% em dez anos, julga-se em parte motivado pela flexisegurança.[1] Em Portugal discutem-se os impactos e as virtudes da possível introdução deste modelo. Existem dúvidas de que um aumento de eficiência das empresas e do conseqüente aumento da actividade empresarial possa não compensar a perda de empregos e a degradação salarial. O debate sobre flexigurança é ainda incipiente no Brasil, mas as câmaras de comércio iniciam o debate para divulgação do assunto.[2]

## 1. HISTÓRIA DO CONTRATO DE TRABALHO

Antes de ingressar no tema propriamente dito, é necessário obter informações pretéritas e atuais sobre a evolução do trabalho até os presentes dias para termos acesso ao contrato de trabalho, conforme demonstra o capítulo “01” do livro “FLEXIGURANÇA” A Reforma Do Mercado De Trabalho.

Relata-se que no passado, notadamente em Roma, o trabalho era basicamente executado por escravos, com base no direito real, partindo do pressuposto que o escravo era entendido como “coisa”, sendo patrimônio do seu senhor e proprietário, assim, não havia paga, direitos e nenhum benefício em contra partido do trabalho, bem como não havia forma e princípios ao trabalho escravo, nem poderia devido ao poder ditador e imposto pelo proprietário do escravo.

No decorrer dos tempos, com o advento da idade média, a relação de trabalho tornou-se um direito pessoal, sendo uma prestação de serviços ao senhor que detinha o poder ou senhor feudal, que em contrapartida dava o direito a assistência e proteção ao servidor, uma evolução tênue da escravidão.

Já na idade moderna, com o surgimento do direito obrigacional, ocorreram grandes mudanças, posto que o trabalho tornou-se um direito obrigacional, surgindo, o então “contrato de trabalho”, tornando a relação de emprego com o objetivo patrimonial, baseado na autonomia de vontade, ensejando um modelo de trabalho livre (contra ponto da escravidão).

Portanto, após decorridas longas décadas, observa-se que o contrato de trabalho vem sofrendo transformações de acordo com a cultura adquirida entre os povos e a evolução social, se tornando de um modelo de trabalho primitivo e escravo a um contrato de trabalho, hoje, livre entre as vontades das partes e com a contra prestação em pagamento ao trabalhador.

O contrato de trabalho não é imutável, devido a sua essência, posto que o mesmo sofre transformações com o decorrer do tempo, devido a evolução social, mercado de trabalho, a economia, bem como a necessidade das partes em modificar o acordado, que se traduz em liberdade de trabalho.

Neste contexto, dentro do Direito do Trabalho, é possível dizer que o contrato do trabalho, é o instrumento que registra os direitos e obrigações entre as partes, pois é a ferramenta que reduz a desigualdade existente entre empregador, que detêm autoridade no labor e empregado, parte hipossuficiente da relação, que por vezes se submete a determinadas situações contra sua vontade e o próprio conteúdo estipulado no contrato de trabalho, para a manutenção de seu emprego.

Assim esta é uma das razões da relevância do contrato de trabalho no direito, responsável por regular mínimos legais aparando a classe trabalhadora.

## 2. O CONTRATO DE TRABALHO EM FACE DAS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS.

O autor em sua obra, declara que o contrato de trabalho não tem sido estudado de forma correta no Brasil, uma vez que o mesmo contrato é analisado como um produto advindo da razão, e ainda, que o direito do

trabalho tem sido objeto de estudo como se não fosse passível de mudanças com a ação do tempo.

Resta um inegável engano tal ótica supra descrita, posto que o direito do trabalho, em sua essência é um direito “social”, seja este direito voltado para o âmbito individual ou coletivo, qualquer mudança em suas formas, sejam leis, princípios, ou bases secundarias de amparo, causam, sem sobra de dúvidas, uma influência direta a sociedade, pois esta ligado ao trabalho do cidadão.

Partindo desse ponto de vista, no Brasil, estudar o contrato de trabalho e o direito do trabalho como se fossem institutos imunes à ação do tempo, é o mesmo que negar a própria realidade do direito laboral, e, tentar se convencer de um fato irreal.

O autor é claro ao declarar que no Brasil, os doutrinadores do direito do trabalho se reduzem ao estudo dos textos legais, quando ao contrário, tendo em vista, o supra citado, que o direito do trabalho é um direito social, deveriam os doutrinadores, se aprofundar nos fundamentos sociológicos, econômicos, políticos da norma jurídica.

Observar tais fundamentos resta necessário, pois como exposto, toda e qualquer modificação no direito do trabalho causa impacto direto na sociedade, pois envolve o direito do labor do trabalhador, e eventual insegurança jurídica, causa impacto na sociedade, na economia, pois envolve valores, e tal fator influencia no poder de compra e venda do trabalhador, podendo diminuir a oferta e a procura na economia.

Em outra vertente, de uma forma ampla, deveriam os mesmos observar mais aprofundadamente qual a finalidade e os reflexos do direito do trabalho, bem como, do contrato na sociedade, ao invés de somente vislumbrar e questionar “o que é o direito do trabalho ?”

Disserta o autor que o contrato de trabalho sofre a influencia de três revoluções industriais que impactaram a sua evolução histórica, sendo as tais revoluções industriais que marcaram a evolução do capitalismo e obviamente o avanço do sistema laboral da época.

Podemos observar que estas influências das revoluções industriais no direito do trabalho está ligada diretamente com a sociedade e a economia, pois envolve diretamente o emprego do trabalhador, podendo aumentar o número de emprego, em fábricas e indústrias, aquecendo a economia, pois com o aumento de emprego, há também o aumento do poder de compra, influenciando a oferta e procura no comércio.

Contudo, existe a possibilidade de ocorrer o contrário, pois com a evolução dos equipamentos de automação, que induzem a substituição do emprego manual da força do trabalhador por máquinas, causando a demissão de muitos, temos o reflexo imediato no direito trabalho que reflete na sociedade, com a diminuição do poder de compra das famílias, abalo financeiro das classes sociais enfraquecimento do comércio, com a diminuição do poder de compra e elevação do número de pobreza.

A 1ª revolução industrial no fim do século XVIII, influenciou de sobre maneira o direito do trabalho vindo a refletir na sociedade, pois com os motores a vapor por meio de máquinas, o início do século XX, com os motores elétricos e os motores a explosão, e, a partir da segunda guerra mundial com o aparecimento dos aparelhos eletrônicos, ou seja a automação.

Tais fases das revoluções industriais, todas fontes energéticas distintas, causam transformações nos meios de produção das fábricas e indústrias das épocas, que por seu vez, por consequência geraram mudanças na organização do trabalho, e consequências sociais, tais como: migração, aumento da população, mais empregos, maior aquecimento do comércio e na economia, aquisição de patrimônio, maiores tributações.

Com a ocorrência da segunda revolução industrial e o aumento da demanda, oferta e procura, há uma influência direta e contundente no contrato de trabalho, pois é expandido a produção capitalista, onde é agilizado o modo de produção nas fábricas, sendo implantada a linha de montagem, em que o empregado não estaria acostumado, e, vindo a tornar o mesmo apenas uma “engrenagem” no todo da máquina produtora, buscando maior produção em menor tempo.

O empregado que estava habituado a uma produção artesanal, em maior tempo, passou a laborar em ritmo desumano, propenso ao cansaço físico e nervoso, hoje denominado “stress”, e ainda, com o ritmo acelerado da produção, o empregado, ficou propenso a ocorrência de acidentes e doenças de trabalho face a periculosidade insalubridade, ainda, não assistida na época como é hoje vista.

Por fim, o contrato de trabalho passa por outro período que o agride diretamente, à “automatização”, uma vez que a indústria e sua produção ingressam em uma nova fase que diminui drástica e acentuadamente o trabalho de execução devido a automatização das fabricas reduzindo a mão de obra empenhada na fabricação.

A automatização impactou o contrato de trabalho, causando grande influencia social, pois causou o corte no emprego, uma vez que grande parte dos empregados das linhas de produções foram substituídos por máquinas e os poucos que restaram deixaram de produzir para apenas fiscalizar e controlar a produção automática.

Por tal fato, nas fabricas e linhas de montagem onde haviam 50 empregados, passaram a operar com 10, posto que a automação das máquinas substitui a mão de obra com a precisão em qualidade, maior quantidade de produtos fabricados, aumento de lucro patronal, todavia, houve a agressão ao contrato de trabalho e o impacto social com o desemprego, face a revolução tecnológica.

Todo exposto, faz crer que o contrato de trabalho realmente é mutável, pois, sofre mudanças com a ação do tempo, seja em tecnologia, legislação, etc... portanto, não só o mercado, mas a sociedade trabalhista sofreu as necessidades da revolução tecnológica, que exigiu trabalhadores mais capacitados para os empregos mais qualificados, tudo face a mudança de hábito do antigo para o novo contrato social.

Conclui-se que as transformações verificadas no processo de organização do trabalho refletem-se no instituto jurídico do contrato de trabalho.

### 3. O CONTRATO DE TRABALHO COMO ELEMENTO DA EMPRESA

No interior de qualquer empresa mercantil, no âmbito da relação empregado e empregador, é o contrato de trabalho o instrumento de suma importância, pois é o contrato de trabalho o meio por onde o Estado regulamenta as profissões, estabelecendo o emprego típico.

O contrato de trabalho é um elemento da empresa, pois é utilizado por toda e qualquer empresa, independentemente de seu porte, denominação. É o contrato de trabalho que registra em seu teor as características de emprego, salário, formalidades, anotações, vínculos, duração indeterminada, sujeitos a convenções coletivas sindicais, jornada de trabalho e outros fatores que tornam o emprego estável ao trabalhador conferindo a segurança necessário ao emprego do mesmo.

A obtenção de grande número de contratos de trabalhos obtidos por uma empresa, pressupõe grande produção e muitos trabalhadores, portanto, traduz no alcance dos seus objetivos econômicos e empresariais, tal fato é a consequência da evolução da empresa e do direito do trabalho, posto que se a empresa obtiver apenas um contrato de trabalho não pode evoluir e alcançar suas metas financeiras, assim, a ocorrência de tal acúmulo é denominado relações em séries ou massa.

Sendo o contrato de trabalho um elemento da empresa, o mesmo é um instrumento que integra o empregado no meio laboral da empresa, dando ao obreiro a segurança de exercer o seu mister com plenitude, ainda, possui o caráter social de inserir o mesmo na comunidade social com segurança, pois sendo o empregado protegido pelos princípios do direito do trabalho, que buscam inibir a despedida sem justa causa, realiza a sua função social integrando o obreiro em comunidade com segurança de exercer sua cidadania.

O autor, informa há juristas, tais como os Profs. Evaristo de Moraes e Orlando Gomes, que entendem que o trabalhador é agregado ao emprego, e por tal fato, o mesmo não pode sofrer abusos de direitos, não podendo vir a ser demitido sem justa causa, e tal fato atende a função social,

pois traz segurança ao mesmo a exercer sua atividade com o mínimo de segurança de emprego.

Outro doutrinador, Paul Durand, entende que o trabalho é semelhante a a uma mercadoria, assim o empregado deveria estar adaptado as mudanças do trabalho, pois o trabalhador esta incorporado a empresa, não podendo ser demitido sem justa causa, passando a possuir estabilidade, sendo uma nova vertente do direito, “a propriedade do emprego”, onde o trabalhador é agregado à empresa.

Entende o autor que essa noção de propriedade do emprego, tendo que o contrato de trabalho é um elemento da empresa, deve ser mantido em caso de finalização da empresa onde o contrato de trabalho venha a gerar o direito trabalhistas em créditos na linha sucessória da empresa, vindo a garantir a função social do contrato de trabalho que é garantir subsistência do obreiro.

No entanto, com o decorrer dos tempos a realidade de mostrou diferente do que a era dos sonhos dos tais juristas, onde suas idéias de incorporar o contrato social como sendo um patrimônio da empresa quase que de forma pétrea deixou de se tornar realidade.

#### 4. A DESAGREGAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO TÍPICO

O contrato de trabalho com o decorrer do tempo, sofre passivamente a força das variáveis da economia em uma empresa. Toda mudança na economia, na política, na cultura e na sociedade, causa um forte impacto na relação do contrato de trabalho que não pode fechar os olhos para as tais ocorrências sociais.

Esses fatores econômicos externos sofridos pelo contrato de trabalho, são capazes de alterar o conteúdo da relação e regulação de direitos e deveres do trabalho das partes contratuais. Assim, diante de uma crise econômica e em direito do trabalho, a flexibilização seria uma resposta as tais crises.

O conceito de crise econômica, seria uma força objetiva que possui o poder de privar o indivíduo de alguma parte de sua capacidade, é surgida como o sistema não possui o poder de manter em ordem o sistema, em outras palavras crise é um distúrbio na economia e no sistema financeiro de trabalho.

A crise econômica não é um fato desconhecido ao direito do trabalho, existem alguns doutrinadores que alegam o andar contínuo de ambas, assim, resta necessário que o direito do trabalho, que como qualquer área do direito, anda aquém dos costumes, necessidades dos trabalhadores e as influências da economia, e a crise, tenha um plano de solução para a referida crise, e, a tal seria a flexibilização.

## 5. NOÇÃO DE FLEXIBILIZAÇÃO

O autor menciona que a conceito de flexibilidade nunca será entendido de uma forma única a todos, pois cada qual entende da melhor forma que seus propósitos necessitam.

O significado de “flexibilizar” pode ser definido como criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista ou autorizar a adoção de regras especiais para casos concretos”, face a revolução tecnológica e a globalização da economia com a crise econômica enfrentada por alguns países, portanto, a flexibilização é advinda como forma de enfrentar a crise face a rígida legislação trabalhista.

Com a leitura do livro até o presente ponto, temos que o emprego para o trabalhador é o seu bem de muito valor, pois é o meio de garantir a subsistência a sua família, por outro lado o desemprego é o seu maior temor, pois atinge o seu potencial de garantir a mesma subsistência de seus familiares.

Portanto, com o objetivo de evitar o desemprego ou manter o emprego já conquistado, muitas vezes os trabalhadores são obrigados a submeter-se a imposições menos favoráveis para assim, se manter empregado.



Ocorre que com a crise econômica, para as empresas uma legislação trabalhista rígida é prejudicial as novas contratações, por tal fato a “flexibilização” da legislação trabalhista, tem como fulcro de adequar as situação, melhorando as formas de contratações, duração de trabalho, estipulação de salários, regime de dispensa, diminuindo o desemprego.

A legislação trabalhista rígida, desestimula o empregador a admitir novos obreiros, levando o trabalhador, quando demitido a laborar informalmente, portanto, o objetivo da flexibilização das leis do trabalho é garantir que tal fato não ocorra.

A flexibilidade da legislação trabalhista rígida, visa além de maior contratação de empregados, ainda, a maior produção industrial, urge ressaltar que não há somente a flexibilidade das leis trabalhista, pois há também, a flexibilidade econômica, técnica e industrial, visando sempre uma nova política social para enfrentar a crise.

## 6. EFEITOS DA CRISE

Existem dois efeitos causados pela crise econômica observados no âmbito do mundo do trabalho, primeiramente o “individual”, onde se faz necessário a criação de novos contratos de trabalho em resposta a flexibilização das leis, ainda, há que se observar a necessidade de reestruturação de empresas, bem como da adoção de modalidades de novos contratos de forma inovadora.

Tais modificações, tem como objetivo adaptar o impacto das novas tecnologias inseridas no mercados, tais como a robótica, automatização e demais, que necessitam de expansão do setor.

Por outro lado, há que se observar que face a crise no plano “coletivo”, urge a necessidade de se reduzir o poder sindical ultra combativo existente nas relações de trabalho, posto que ao sindicato resta adaptar-se as novas realidades da flexibilização.

O pior e mais sério efeito da crise, sem qualquer duvida é o desemprego, fato este, que sequer foi entendido pelos sindicatos como ameaça, posto julgarem possuir o domínio sobre a produção e buscando

melhores condições aos empregados, viu seu poder rebatido com o advento dos novos tempos, inclusive aumentando o números de descredenciados.

Face ao desemprego instalado diante das mudanças, o trabalhador empregado busca assegurar todos os meios para garantir o seu emprego, mesmo que para tanto, tenha que abdicar da atuação do sindicato em seu favor.

Por outro lado o sindicato passa a perder força de representação, vindo até a perder grande número de filiados.

Assim, face as mudanças das características históricas, ocorrem determinada “erosão”, aos poderes dos sindicatos, que passam a adotar uma nova postura, vindo a baixar o tom das reivindicações para adotar uma postura mais defensiva, buscando garantir o emprego com segurança.

No mesmo sentido, devido ao fato do fortalecimento do capitalismo, os sindicatos se enfraquecem e buscam se adaptarem as mudanças necessárias para continuar representando os filiados trabalhadores.

## 7. A FLEXIBILIZAÇÃO A LUZ DA IDEOLOGIA

O termo “flexibilização”, é oriunda das crises nas relações de trabalho iniciadas com a ocorrência da reforma do mercado de trabalho. Podemos entender que o significado de “flexibilizar” é criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista ou autorizar a adoção de regras especiais para casos concretos”, face a revolução tecnológica e a globalização da economia com a crise econômica enfrentada por alguns países.

Existem vários tipos de correntes e pensamentos oriundo da políticas de “flexibilizar”, sendo as tais; correntes favoráveis, contrárias, moderadas a flexibilização, nestes termos:

As correntes favoráveis a flexibilização: tais correntes entendem que as medidas adotadas face a crise, no tocante a acordos derogatórios, redução de custos da produção e reorganização do tempo de trabalho, além

de benéficas ainda podem aumentar o número de empregos, permitindo a empresa a se adaptar a nova realidade econômica.

Já os opositores a correntes favoráveis a flexibilização, entendem que tal corrente é uma forma de mascarar e reduzir os direitos trabalhistas há muitos anos conquistados, bem como afrontar a legislação e dar ênfase a rescisão de empregados sem ônus, e suprimir o princípio de proteção ao empregado.

As correntes contrárias a flexibilização, por sua vez, entendem que toda tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas devem ser impedidos, posto que a legislação do trabalho já se mostra o bastante flexível, e, que a majoração dessa flexibilidade causará inúmeros prejuízos aos trabalhadores uma vez que são a parte hipossuficiente da relação de emprego.

Entende ainda tal corrente contrária a flexibilização, que toda e qualquer negociação com o fulcro de alterar o direito ao trabalhador, somente pode ocorrer para beneficiar o mesmo, ou seja flexibilizar jamais, e ainda, deve ter a participação do sindicato para tanto, posto que este é o órgão que possui a força para defender os irrenunciáveis direitos dos trabalhadores.

Sendo o direito do trabalho o reivindicador do trabalhador, não pode o mesmo aceitar reduzir as conquistas sociais em prol do mesmo há muito tempo conquistada, pois seria um retrocesso, inadmissível ao direito do hipossuficiente.

Portanto, entende a corrente conservadora e contrária a flexibilização que a função do direito é a proteção da classe trabalhadora, se for alterado a sua rigidez perderá o sentido, não sendo obtido qualquer resultado flexível em benefício ao trabalhador.

Entende ainda, a corrente conservadora e contrária a flexibilização, que a intenção de flexibilizar o direito do trabalho em prol ao empregador, é uma ameaça ao direito do trabalhador conquistado por

Getúlio Vargas. Por tal fato, a corrente conservadora procura frear o processo de mudança.

Nota-se que a corrente contrária à flexibilização prestigiam o paternalismo e o protecionismo, que são tidos por métodos adequados na relação dos interesses do trabalho/capital, no entanto podem causar prejuízos ao direito do trabalho.

Por fim, há que se ressaltar a existência da corrente intermediária ou moderada, que esta no meio termo entre o excesso de flexibilização que prejudica o empresarial e a supressão de flexibilização que prejudica a classe operária, portanto a corrente intermediária procura mediar o entendimento da flexibilização.

## 8. A REFORMA DO MERCADO DO TRABALHO

Com o decorrer do tempo, houve a necessidade dos países de capitalismo maduro, reformar o mercado de trabalho para adaptação dos métodos de produção com a atualidade, assim passou a adotar a dupla fonte de inspiração, sendo a racionalidade do mercado de trabalho e o respeito aos direitos fundamentais essenciais.

Assim, adota-se a derogabilidade como técnica reguladora aplicada aos contratos individuais de trabalho, não utilizando a velha noção da aplicação da norma mais favorável autorizando a aplicação da norma especial prevalecendo sobre a regra geral.

O objetivo é a promoção da flexibilização do mercado produtivo e modernização das garantias e proteção do trabalho e da seguridade social, tudo com o objetivo de obter uma adequada qualidade de trabalho e promover mobilidade no mercado de trabalho e no vida produtiva do trabalhador.

A seguir serão analisadas as inovações introduzidas nos mercados de trabalhos dos países: Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália, Portugal e Brasil.

## 9. ALEMANHA

Na Alemanha a taxa de desemprego é muito alta, cerca de 10% devidos aos problemas políticos do país, de tal forma que levou o governo a tomarem medidas a fim de frear o crescimento de desocupados, assim, entre todas as medidas tomadas, criaram o part-time, uma redução do horário de trabalho dos contratos de trabalhos.

Pela nova lei, as empresas com mais de 15 empregados, os tais que contar com mais de 06 meses de serviços, poderão requerer a redução da duração semanal de trabalho contratada. Tal redução visa a distribuição da redução pelos dias da semana, sem prejuízo à organização, ritmo e segurança do trabalho.

Após algum tempo da implantação da lei, por pesquisas foi obtido a resposta de um efeito positivo sobre a ocupação, ensejando novas admissões e reduzindo a dispensa da pessoal, cada ano o part time cresceu 1%.

Tal procedimento legal de part-time, foi aplicados, também, aos trabalhadores idosos, com o objetivo da transição para inatividade, assim, e, liberação de postos de trabalhos para outros funcionários e aprendizes.

Os empregados com mais de 55 anos de trabalho antes da lei, podem requerer a redução pela metade da duração semanal, com conseqüente redução salarial.

O empregador deve aumentar 20% o salário do idoso para que ele receba no mínimo 70% de seu salário original.

A mesma lei que regula o part time, passou a dispor sobre os contratos de trabalhos por tempo determinado, regulando os motivos para elaboração de um contrato de trabalho, bem como, a fixação de prazo de dois anos aos contratos de trabalhos por tempo determinados com renovação por três vezes.

Ainda, foi abrangido pela lei que o trabalhador idoso, com mais de 52 anos, antes da criação da lei estaria submetido ao contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Por fim, outra possibilidade criada foi, a permissão para as empresas novas, nos primeiros quatro anos de atividade poderem celebrar contratos por prazo determinado com duração de 04 anos.

Fora criado um sistema para que o empregador pague a previdência uma contribuição reduzida referente aos empregados com remuneração inferior a 400 euros.

Ainda, fora criado meios dos desempregados ingressarem no mundo dos trabalhadores autônomos, com subsídios de encargos previdenciários sobretudo no início da carreira .

O objetivo da lei é melhorar a adaptação entre a área do trabalho e os desempregados deficientes, desempregados de longa duração e os trabalhadores portando necessidades especiais.

## 10. DINAMARCA

A redução do desemprego na Dinamarca, deve-se a combinação bem sucedida da flexibilidade da relação de trabalho e a segurança social e econômica dos empregados, posto que o Estado tem ligação de prestação de amparo direta aos desempregados em que o custo é assumido pelos contribuintes e não pelas empresas.

A denominada ATIVAÇÃO, é um equilíbrio de direitos e obrigações característico do sistema dinamarquês, que exige do empregado uma postura mais ostensiva para arrumar o emprego, sendo apresentado ao mesmo programas profissionalizantes para o retorno do mesmo ao mercado de trabalho.

Na Dinamarca busca-se a flexigurança tríplice mediante a elevado nível de rotatividade de mão de obra e do emprego, segurança social com sistema de prestações a desempregos e programas ativos do mercado de trabalho, sendo um mercado de trabalho inclusivo e reduzindo assim, acentuadamente o desemprego.

O mercado de trabalho inclusive seria a idéia de que todo individuo tem responsabilidade social, devem ser adotadas medidas que assegurem a capacidade total de trabalhar durante toda a vida útil de

trabalho, as pessoas com redução da capacidade laboral devem ter um emprego.

## 11. ESPANHA

Na Espanha o poder público demonstrou grande sensibilidade face ao desemprego, acarretando uma grande e significativa evolução, com o estatuto dos trabalhadores, fora disposto que via de regra o contrato de trabalho era indeterminado, sendo que com a crise econômica, passaram os contratos a serem determinados.

Objetivando aumentar o número de contratações, fora previsto em 1984, vários outros tipos de contrato por prazo determinado, objetivando que o empregador se livre da pesada carga da contratação por tempo indefinido.

Após foram reguladas três leis que fomenta a contratação de trabalhadores, temporários, aprendizados e por tempo determinado, também, buscando aumentar o número de contratações por empresas.

Todavia com o passar do tempo face a curta permanência do empregado na empresa, se observou que não havia mão de obra especializada, assim, foi necessário reeditar o Estatuto de Trabalho para incentivar a contratação por tempo indeterminado.

Por tal fato foi dado maior prestígio as negociações coletivas, objetivando o incentivo a contratação por tempo indeterminado de jovens desempregados maiores de 30anos, desempregados maiores de 45 anos.

Assim, buscando abaixar o índice de desemprego, a Espanha, criou inúmeros Decretos, ora envolvendo o contrato por tempo determinado e outrora por tempo indeterminado.

Contudo o problemas sempre existia “ o insuficiente número de emprego e a alta taxa de contratos por tempo determinados”, posto que o custo de contratar por tempo indeterminado era elevado.

Em 2006, foi criado o decreto que buscava incentivar a contratação por tempo indeterminado trazendo assim, maior segurança.

Portanto, com a criação de contratos por tempo indeterminado aumentava o desenvolvimento econômico e a redução da taxa de desemprego.

E até então essa é o modo utilizado pela Espanha, buscando incentivar o crescimento de empregos com contratos estáveis e por tempo indeterminados para aumentar o crescimento financeiro e diminuir as taxas de desemprego no país.

## 12. FRANÇA

A França por sua vez, criou a filialização, sendo a criação de uma sociedade filial de outra por separação de partes dessa última, permitindo à empresa desembaraçar-se da atividade não lucrativa.

É utilizado na França a técnica de prestação de serviços e sous traitance, uma espécie de terceirização de tarefas por prestadora de serviços, de atividades meios, limpeza, portaria, transporte, etc...

Tais práticas supras descritas podem causar a redução de oportunidade de emprego, por fim, em 1982 ocorreram modificações no plano coletivo, rompendo com a tradição de contratar mediante as convenções mais favoráveis ao trabalhador.

Passou-se a utilizar o princípio do “favor”, onde se impõe a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, quando em confronto com normas diversas a serem aplicadas, contudo, esse princípio passou a não mais existir face a negociação coletiva, onde esta pode derogar disposições legais, consagrando o regulamento contratual menos favorável ao empregado.

Em 2004, a França reduziu a aplicação do princípio do favor nas relações entre leis e a convenção coletiva, ao permitir a realização de acordo derogáveis a nível de empresas, assim o contrato coletivo perdeu a função de proteção a parte mais frágil se transformando em um instrumento de flexibilização, contudo foi registrado a exceção no tocante as hipóteses do



salário mínimo, classificações, proteção social e fundos destinados a formação profissional, por fim, o negociado prevalece sobre o legislado.

### 13. HOLANDA

A Holanda tratou da flexibilização do horário de trabalho em uma norma mínima e inderrogável para todos e uma norma derogável por parte do contrato coletivo, esta que se aplica a falta de convenção coletiva.

Ressaltando que há existência de contrato part time e full time, onde há cargas horárias distintas em tempo, onde os trabalhadores part times recebem cobertura de um contrato coletivo, e o restante são coberto por um contrato setorial.

O trabalho part time é considerado mais vantajoso ao empregado estudante e idoso, pois pode ser adaptado ao período de aposentadoria progressiva, podendo ainda ser reduzida o tempo de trabalho por 20%.

O acordo de flexibilidade e segurança ou flexigurança, foi celebrado em 1996 onde ambas as partes devem receber alguma vantagem para os contratos de prazo determinados e indeterminados, possibilitando a criação de contratos por duração certa, e em contra partida, prolongar os contrato de duração acima de 03 anos em contratos por tempo indeterminados.

### 14. ITÁLIA

Inicialmente a Itália buscou em combate ao desemprego a ampliação da criação de contratos por tempo determinados, admitindo o contrato temporário que era vetado até o momento.

Todavia, ao contrário da Espanha, a Itália não voltou atrás, e não buscou dar ênfase a implantação do contrato por tempo indeterminado, portanto, na Itália, todos os contratos eram por tempo determinados salvo registro de afirmação expressa contrária.

Advindo a crise econômica e diminuição de empregos, em 1977, foram ampliadas as leis que possibilitavam a contratação por tempo determinado em áreas tais como, televisão, moda, atividades de períodos

como verão, semana santa etc..., buscando gerar mais empregos, mesmo que se forma contratada por tempo determinado, buscando diminuir o desemprego.

Com o mesmo fulcro de diminuir o desemprego, fora dado ênfase ao trabalho temporário e para atividades sazonais, e, proibido a interposição de trabalho, ou seja, terceirização de serviços.

Ainda como meio de flexibilização, o governo italiano, introduziu o modelo de mão de obra ad ínterim, ou seja o trabalho temporário supra descrito, com o objetivo de aumentar a contratação.

A flexibilização na Itália atingiu ainda a duração do contrato de trabalho de 40 horas semanais e não ultrapassando as 44 horas semanais, ainda, estendendo as diárias de 8 horas semanais para até 12 horas, com intervalo de 11 horas entre as cargas horárias.

Fora ampliado os tipos de contratos de trabalho pelo presidente italiano, sendo criados os contratos de: a) inserção, b) contrato de prestação repartidas, c) contrato intermitente, d) contrato de aprendizagem, e) contrato de cumprimento de dever, f) contrato de trabalho por tempo parcial.

Por fim, ainda, fora criado o contrato de trabalho a projeto, que é uma espécie de terceirização, onde se busca a realização de um projeto por empresa interposta.

Observa-se que todas as medidas supras descritas foram criadas em forma de flexibilizar o direito do trabalho, diminuindo os custos da contratação de empregados por empresas e assim, criando contratações e conseqüentemente, diminuindo o desemprego.

## 15. PORTUGAL

Com o fulcro de se estabelecer a flexibilidade, Portugal passou por grande modificação nas leis do trabalho, modificou o conceito de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, in melius, sendo possibilitado a mudança de normas do código do trabalho por regulamentação coletiva para os assuntos de negociação coletiva.

Por tal fato, estando os empregados representados pelo sindicato, e, este aceitando a norma mais favorável a empresa ou menos favorável, estarão em nível de igualdade aos empregadores não havendo assim prejuízos de direito, portanto o negociado passou a prevalecer sobre o legislado.

O código de trabalho de direito português resulta em um direito menos garantido e mais favorável a transação, ressalta que no final do século XX, a legislação portuguesa, passou a contemplar o contrato de fornecimento de mão de obra temporário.

## 16. BRASIL

No Brasil, até 1988, pouco se fala em flexibilidade, a princípio do favor laboratolis imperava sem restrições na legislação, salvo a possibilidade de redução de salário em redução ou revezamentos de turnos por convenção coletiva, conforme a CF/88 preve no disposto do art 07.

É cultura dos sindicatos, na maioria das vezes, não ceder a redução de benefícios aos trabalhadores, mas sim, em compensar benefícios por outros que assegurem vantagens aos mesmos em acordos coletivos.

Em suma, resta extreme de dúvidas que a disponibilidade dos direitos dos trabalhadores encontra limites ao se tratar de flexibilização, pois a legislação trabalhista brasileira é protecionista ao direito do trabalho.

Urge ressaltar que na legislação brasileiro, os direitos fundamentais dos trabalhadores, são indisponíveis de modificação, mesmo em sede coletiva e abrange praticamente todo o direito do trabalho; direito da personalidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão, de igualdade e oportunidade, não discriminação de sexo, raça e religião, idade mínima para o trabalho, salário mínimo, repouso e intervalo, férias, sindicalização etc...

No entanto, a legislação brasileira, a partir de 1990 passou a admitir a flexibilização das condições do trabalho, admitindo novos tipo,

assim, em 1998, introduziu no ordenamento jurídico o contrato de trabalho por tempo determinado, o que resultou em um novo acordo coletivo.

Assim, os contratos de trabalho por duração definida foram agrupados em contrato temporário, contratos regidos pelo art 443 da CLT , contrato de trabalho resultante de negociação coletiva.

Com o decorrer do tempo, foi adotado o fenômeno já conhecido como terceirização, onde o TST foi contra a essa forma de flexibilização, para evitar fraudes contra o trabalhador, declarando na sumula 256 que era ilegal a contratação de trabalhador por empresa interposta, formando vínculo com o tomador de serviço. No entanto, há o entendimento que certas atividades “meios”, podem ser delegadas a outras empresas.

Portanto, salvo os casos de fraude, não há porque não flexibilizar e celebrar o contrato de mão de obra e terceirização, pois se distinguem o objetivo final da produção da empresa com a execução da mão de obra da atividade meio da mesma, pois a prestação de serviços terceirizados não se identifica com a prestação de serviços da empresa em sua atividade essencial.

Portanto, o enunciado 256 do TST, deveria ser mais claro ou melhor elaborado no sentido de que ilegal é a contratação de mão de obra terceirizada, ou por empresa interposta para a execução da atividade fim e não de qualquer tipo de mão de obra por empresa terceirizada.

Para assim adaptar a realizada fática com o enunciado 256 do TST, foi criado a súmula 331 do TST, onde restou assegurado que não formaria vínculo empregatício com o tomador de serviços a contratação de serviço de vigilância, limpeza e atividade meio do tomador, desde que inexistindo a subordinação e pessoalidade direta.

Contudo há que se observar que a mesma sumula 331 declara que haverá a responsabilidade subsidiária do tomador ao prestador de serviços, caso este ultimo não adimplir com as obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Buscando ainda flexibilizar, o direito do trabalho ainda adotou medidas no sentido de privilegiar a negociação coletiva.

Por fim, buscando a flexibilização, foi instituída outra inovação no direito do trabalho brasileiro, o contrato de trabalho por regime de tempo parcial definido, onde o trabalhador não pode ultrapassar 25 horas semanais e recebe o proporcional ao tempo trabalhado.

Ainda, foi instituído o “lay off”, ao contrato, uma suspensão ao contato de trabalho para que o empregado possa se aperfeiçoar com cursos.

### 17. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O autor considera que o aumento do número de empregos não depende do direito do trabalho, e sim da economia em crescimento e de políticas de crescimento complementares.

Para gerar empregos, a política deve investir em fatores que aumentem a produção para haver a necessidade das empresas admitirem empregados, para tanto é necessário o incentivo de acesso a tecnologia.

Com o aumento da produção se faz necessário a admissão de empregados, para isso as empresas necessitam adaptar seus métodos de produção e seus trabalhadores capacitando os mesmos, face as mudanças da empresa o que gera a conservação do emprego.

A proteção do emprego é a chamada flexigurança, todavia a proteção do emprego não pode incentivar o comodismo e estagnação do empregado, ao contrário deve motivar o mesmo a se aprimorar com novos métodos de produção oferecidos pela empresa e segurança do emprego por outro lado.

Seria melhor a empresa adotar a idéia de proteção das pessoas e não dos empregos, para tanto é necessário realizar um programa de incentivar a aprendizagem e a formação durante toda a vida, proporcionando igualdades de trabalho a todos.

O autor entende que a legislação trabalhista, inclusive no Brasil já contem uma alta dose de flexibilidade, por tal fato o importante é melhorar as políticas de mercado de trabalho para conciliar a flexibilidade do emprego com a segurança individual, portanto a palavra de ordem é flexigurança.

Ambas não devem ser confundidas, posto que mesmo que semelhantes, tratam de ocorrência e situações jurídicas do direito do trabalho distintas.

Para melhor compreender a diferença dos termos, podemos dizer que a flexibilização é oriunda de uma forma de mecanismo para conter crises nas relações trabalhistas. Por outra vertente, flexibilização da legislação trabalhista, pode ser classificada como “adaptabilidade, flexibilidade, capacidade de acomodação, versatilidade.

Quanto à expressão “flexigurança” de acordo com o autor é um fato que busca estabelecer a conciliação de dois valores sensivelmente antagônicos: flexibilização do mercado de trabalho e a segurança dos trabalhadores.

### **CRÍTICA**

De todo o apanhado pela leitura do livro que se faz o presente trabalho, este aluno apresenta as seguintes críticas:

Primeiramente, antes de ingressar ao tema das críticas, se faz necessário apresentar algumas considerações para embasar as tais críticas.

Assim, em uma explicação simples a flexigurança, é “um modelo de Estado-providência que promove uma política pro-ativa no mercado laboral, sendo uma combinação de duas características, por um lado a fácil contratação e despendimento por parte das empresas, face a flexibilização do ordenamento jurídico das leis do trabalho, e por outro lado, maiores benefícios para os desempregados como maiores períodos de subsídio, formação e apoio na procura de emprego”.

O assunto é complexo e delicado de ser tratado na realidade de hoje no Brasil, que utiliza a flexibilização e flexigurança, como forma para garantir maior maleabilidade do ordenamento jurídico do trabalho, para fomentar a competitividade às empresas, e atentando-se para uma maior preocupação com a segurança do trabalhador baseada na sua inclusão.

No decorrer da leitura do livro, podemos notar que o autor transmite a convicção da necessidade da aplicação da flexigurança e da reforma do mercado de trabalho, buscando convencer que no âmbito do empregador, a “flexibilidade” da legislação do trabalho é um fator importante para gerar novos empregos e a contratação de empregados, fomentando a produção.

Contudo, no decorrer da obra vislumbro que a flexibilização das leis com a segurança ao trabalhador na prática e na realidade atual do Brasil não é tão simples como exposto pelo autor, posto que a crise econômica, somado a cultura do país, negligencia dolosa dos empregadores e a dificuldade do Poder Judiciário para executar o ordenamento jurídico trabalhista em prol aos direitos dos empregados, hoje nos mostra uma visão temerária a flexibilização.

Com a leitura do referido livro, me traz a lembrança as reclamações dos antigos comerciantes, onde na década dos anos 80 era natural ouvir as reclamações sobre as dificuldades do comércio, os elevados juros, alta inflação dos planos do governo Sarney, os custosos tributos e a rigidez das leis trabalhistas que impediam a contratação de empregados em face da necessidade de contratação para elevar a produção.

Portanto, desde tal época os comerciantes já ansiavam por uma flexibilização das leis e de eventual reforma do mercado do trabalho para fomentar a produção.

Com o decorrer dos tempos, as regras do trabalho e o seu ordenamento jurídico, foram se modificando devido a ocorrência de mudanças políticas e econômicas, sendo necessário, a criação de um conjunto de leis que alterasse a proteção total voltada ao trabalhador, bem como a criação de um ordenamento jurídico trabalhista mais flexível e não

tão protecionista ao emprego e empregado unindo o interesse comum entre empregado e empregador e motivando a produção que geraria a oferta de empregos e contratação.

Por tal fato, no âmbito do ordenamento das leis do trabalho, o Brasil veio a adotar a flexibilização na Constituição Federal de 1.988, buscando romper com uma a inclinação de rigidez das regras trabalhistas, vindo a torná-las mais maleáveis diante das condições sociais do momento.

Para tanto, fora admitida que algumas específicas condições de trabalho fossem passíveis de negociação coletiva, dando poder aos sindicatos de acordarem determinadas situações do contrato de trabalho que no passado, somente poderia ocorrer pela intervenção de lei do Estado.

Tal possibilidade de negociação antes impedida de ser realizada por sindicato, causou extrema preocupação na relação de trabalho entre empregados e empregadores, posto que a nova idéia de flexisegurança, traz a insegurança pela impressão da precarização das condições de trabalho.

Convenhamos que se por um lado é permitida, a negociação de determinadas condições de trabalho, por intermédio dos sindicatos, tal permissão dá a empregados e empregadores meios de se equilibrarem diante das oscilações econômicas da sociedade atual.

Contudo, por outra vertente, temos que a flexibilização de condições de trabalho deixa o empregado em situação de desvantagem dentro das relações contratuais do labor, posto que restringe garantias mínimas ao obreiro, que foram conquistas sofridas e difíceis no decorrer dos tempos.

Pelo exposto, entendo que a flexibilização não é um procedimento bem vindo ao trabalhador, devido aos prejuízos as garantias trabalhistas conquistadas no passado aos mesmos. Não vejo que neutralizar as garantias aos empregados conferidas pela legislação trabalhista seja uma forma capaz de nivelar os interesses de uma relação de trabalho.



Observamos à flexibilização, no tocante ao disposto na Constituição Federal de 1988, que possibilitou nos termos do art. 7º, incisos VI, XII e XIV, à redução salarial e a modificação da jornada de trabalho, bem como o revezamento de turnos, desde que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Temos pelo supra exposto, que tal flexibilização nada mais é do que a afronta do “*favor laboratoris*”, (princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador), pois antes, o referido princípio prevalecia sem restrições no direito do trabalho brasileiro. Entretanto, hoje, qualquer disponibilidade dos direitos trabalhistas em acordo ou convenção encontra seu limite nos direitos fundamentais.

Entendo, extreme de dúvidas que a parte mais frágil em uma relação de trabalho é o empregado, por tal fato este sempre foi beneficiado pelo princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, sendo pilar do direito do trabalho e qualquer que seja a alteração de tal proteção, causa prejuízo ao obreiro.

Podemos observar que a legislação trabalhista brasileira há tempos vem sendo flexibilizada por diversas leis criadas, um exemplo claro de suavizar o ordenamento jurídico é a possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva.

No mesmo exemplo, temos: a autorização de terceirização de trabalhadores para contratação temporária, a imposição da terceirização da limpeza, portaria e vigia do qual recebe um salário inferior devido ao sindicato específico da terceirização, presta serviços idênticos a um funcionário da tomadora, no entanto, o vínculo e a responsabilidade é do prestador de serviços, que torna os serviços mais baratos e sem responsabilidades ao tomador.

Tais flexibilizações de direitos, na verdade são retaliações aos contidos na CLT, ferindo o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Ao meu entender, a flexibilização ao ordenamento jurídico deveria abrandar a tributação ao ponto de favorecer ou incentivar o empregador a

aumentar a sua produção industrial para poder, assim, gerar mais empregos e maior contratação de mão de obra.

Nos atuais dias, tornar mais flexíveis as normas que protegem os direitos dos empregados, somente fomentará a sensação de impunidade contra os atos, negligência e dolo cometidos contra os direitos dos empregados e não gerará mais ofertas de empregos.

Com o advento da flexibilização, podemos dizer que a “flexigurança”, deve ser o ponto de maior foco de atenção nas reformas constantes do mercado de trabalho, estas seguranças não podem somente se reduzir a possibilidade do empregador suspender o contrato de trabalho para que o empregado participasse de curso ou programa de qualificação profissional mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o chamado “lay off”, conforme determina o disposto no artigo 476-A da CLT, ou finalmente, somente se ater a dois sistemas de proteção social aos desempregados: o seguro-desemprego (SD) e o fundo de garantia por tempo de serviço, é necessário ir mais além para obter a segurança dita.

Para haver à flexibilização de normas do trabalho, com segurança ao empregado é necessário que haja um dialogo produtivo com propostas objetivas, onde o patronato proponha a flexibilização das relações de trabalho, mas ofereça a devida contrapartida em prol aos empregados, caso isso não ocorra, nota-se que a “flexissegurança” é, essencialmente, injusta ou inexistente, pois apenas impõe sacrifícios aos trabalhadores.

Se observarmos que a globalização da economia e a competição internacional podem exercer influência negativa sobre o nosso país, a implantação da “flexigurança” no Brasil poderá ter influência negativa na vida social de todos, pois necessita de amplas reformas institucionais.

Urge ressaltar que, hoje no Brasil, não podemos falar em flexibilização ou flexigurança, pois subsistem ainda, seja no nordeste do país ou mesmo em grandes capitais do sudeste, situações trabalho escravo ou em condição análoga; exploração de menores; trabalho em condições subumanas e uma legislação trabalhista flagrantemente desrespeitada.

Portanto, pelo exposto supra, resta inadmissível a defesa da tese do afastamento do Estado em relação a uma flexibilização das normas trabalhistas, introdução da realidade da flexigurança a exemplo dos outros países tratado da obra do autor, que é objeto do presente trabalho, no Brasil requer cautela e um estudo muito minucioso para sua viabilização, uma vez que a questão da flexibilização dos direitos trabalhista não pode abalar a proteção que é o principio, pilar do Direito do Trabalho.

Tenho a impressão que a “flexibilização dos direitos trabalhistas” somente beneficiará o empregador e o interesse de seus lucros, e esta não é a finalidade da flexibilização que se destina a preservar o vinculo com a finalidade social, por que sua aplicação atende a bem da sociedade.

Hoje no Brasil, com a flexibilização do Direito do Trabalho, dando margem ao relaxamento do principio em favor aos direitos dos empregados, é certo que a classe patronal se valerá desta possibilidade em proveito próprio, visando tão somente aumentar seus lucros, não vislumbrando a valorização do trabalho e do trabalhador, desrespeitando os seus direitos por ser a parte mais frágil da relação de trabalho.

Ainda, acredito que hoje no Brasil, quanto maior for a flexibilidade para abrandar a lei em favor dos empregadores, maior será os esbulhos aos direitos dos empregados, causando insegurança aos mesmos, posto que o objetivo do direito do trabalho é proteger o trabalhador, especialmente em tempos de difíceis.

Não resta duvidas que para a aplicação de flexigurança no Brasil, é necessário que haja em contra partida, um sistema de proteção social com a ajuda do governo entendendo que a tal aplicação é um assunto de suma importância.

Contudo, não se pode permitir que a aplicação da flexibilização e segurança no mercado de trabalho venha a violar direitos e garantias básicas do trabalhador conforme os dispostos na Constituição Federal de 1988.

Concluindo, reitero que a minha modesta crítica, no sentido de que a flexibilização das normas do direito do trabalho, em um país onde ainda, há situações de trabalho escravo ou em condição análoga; exploração de menores; trabalho em condições subumanas e uma legislação trabalhista flagrantemente desrespeitada, somente fomentará a sensação de impunidade contra os atos, cometidos contra os direitos dos empregados e não gerará mais ofertas de empregos, devendo ser observado e investidos esforços em normas que estimulem a produção, pois de tal forma será gerado mais empregos.

Ainda, que a flexibilização do Direito do Trabalho, dando margem ao relaxamento do princípio em favor aos direitos dos empregados, dará a classe patronal o poder de se valerá desta possibilidade em proveito próprio, visando tão somente aumentar seus lucros, não vislumbrando a valorização do trabalho e do trabalhador, desrespeitando os seus direitos por ser a parte mais frágil da relação de trabalho.

Por fim, no tocante a “ flexigurança”, reitero a crítica supra descrita, que para haver à flexibilização de normas do trabalho, com segurança ao empregado é necessário que haja por parte do patronato proposta de flexibilização das relações de trabalho, mas que ofereça a devida contrapartida em prol aos empregados, caso isso não ocorra, nota-se que a “flexissegurança” é inexistente, pois apenas impõe sacrifícios aos trabalhadores.

NOTAS:

[1]<http://diarioeconomico.sapo.pt/edicion/diarioeconomico/opinion/editorial/pt/desarrollo/713886.html>

[2][http://www.camaraportuguesa.com.br/default.asp?pag=noticias&id\\_noticia=-926](http://www.camaraportuguesa.com.br/default.asp?pag=noticias&id_noticia=-926)

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

**MARCUS VINICIUS RIBEIRO:** Defensor Público do Estado de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

**Resumo:** Este artigo traz breves considerações sobre direitos humanos. Inicia-se com sua definição e classificação. Faz uma breve abordagem dos sistemas internacionais para a proteção desta gama de direitos.

---

### Introdução

O homem deve ser considerado o mais importante de todos os valores protegidos pelo Direito. Aliás, o Direito só existe em função dele e para ele. Dessa concepção é que nasceu a ideia de pessoa: "A pessoa é o valor-fonte de todos os valores". (REALE, 1990, p.211).

Assim sendo, a dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e "certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito". (SARLET, 2001, p. 27).

O ser humano não pode ser considerado como um número ou mero objeto de estatística, com a desconsideração de sua condição de pessoa com emoções, expectativas e necessidades para sua qualidade de vida.

Este artigo pretende fazer breves considerações sobre os direitos humanos, passando por sua definição, classificação e abordagem dos sistemas internacionais para sua proteção. Para o desenvolvimento do tema, inicialmente serão feitas observações gerais sobre os direitos humanos. Em seguida, passa-se ao contexto da divisão dos direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim serão feitas considerações do o Sistema Global de Direitos Humanos da ONU e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da OEA. Pretende-se, com estas observações, apenas uma introdução ao assunto.

## Direitos Humanos

Direitos humanos é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mas, mais importante do que a definição em si é sua ideia, até porque os conceitos trazidos, geralmente, são tautológicos ou redundantes, tais como: "direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem"; "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens" etc. Desta forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano, possui certos direitos elementares que devem ser respeitados por todos e garantidos pelo Estado. Ninguém, nem mesmo o Estado - e principalmente ele, que existe para garantir o bem-estar dos indivíduos - pode violá-los. Todos os homens são titulares destes direitos inalienáveis (BOBBIO, 1992, p. 17).

Ser contra direitos humanos é ser contra os direitos do ser humano e a favor da opressão dele por parte de quem exerce o poder estatal. É acreditar no ser humano como mero objeto e não como o "valor fonte" de todos os direitos.

CANOTILHO (1993, p. 517) identifica que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser diferenciadas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, '*jurídico-institucionalmente*' garantidos e limitados '*espaço-temporalmente*'.

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais se referem à mesma gama de direitos, mas a primeira expressão está ligada a um aspecto filosófico (e de direito natural), enquanto que a última à previsão constitucional deles.

CASSIN (*apud* CAMPOS, 1991, p. 53) definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessárias para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

O reconhecimento dos direitos humanos não se deu através de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais, que se afirmaram através de lutas e revoluções, no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos e, a cada momento, foram sendo reivindicadas proteções mínimas de níveis de igualdade, democracia e existência digna, como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em gerações (ou dimensões). Em um primeiro momento, surgiram os chamados *direitos humanos de primeira geração (ou dimensão)*, ligados à ideia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade de viver sem interferência dos detentores do Poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa, ou seja, não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que ele fosse atingido em seus direitos mais elementares como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade, etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, ele deveria agir para proporcionar níveis mínimos de subsistência digna, além de evitar que as pessoas ofendessem umas às outras. Surgiram, então, os chamados *direitos humanos de segunda geração (ou dimensão)*, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do Poder Público. São estes os chamados direitos sociais, protegidos por um Estado que se convencionou chamar de "Estado de Bem-estar" - (*Welfare State*).

Por seu turno, os *direitos humanos de terceira geração (ou dimensão)* contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam a proteger isoladamente um indivíduo, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação jurídica. São direitos desta espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor, etc. Esta necessidade de proteção ocorreu porque a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente, vez que determinados feitos, ao mesmo tempo, ofendem grande quantidade de pessoas, determinável ou indeterminável.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos, que estaria ligada à ideia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à bioética e ao biodireito, devido aos efeitos, cada vez mais traumáticos, da pesquisa biológica com produção de alimentos transgênicos, manipulação de embriões ou genes humanos que podem ser usados indevidamente, etc. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Em suma, de acordo com as necessidades de cada tempo, e em cada lugar, foram sendo identificados e reivindicados certos direitos básicos para os indivíduos, que deveriam ser respeitados e garantidos para todos. O surgimento posterior da necessidade de proteção de outro grupo de direitos não exclui os que já haviam sido identificados anteriormente, muito pelo contrário, são cumulativos e devem continuar sendo respeitados.

A ideia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a respectiva previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem, outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas para saber o direito que se gostaria de ter, além de buscar razões para futuras consagrações, o direito natural é imprescindível.

É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns, que devem ser garantidos e prestigiados. Mas, outros, variam de lugar para lugar e de tempos em tempos. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local e em qualquer época. Outros, porém, mudam de culturas para culturas e de tempos em tempo.

A proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno de cada Estado, ao contrário, é um problema de relevância internacional. Assim sendo, houve um processo de internacionalização dos direitos humanos devido à preocupação com modo em que os indivíduos, habitantes de outros países, eram tratados. Por isto, se entendeu que a pessoa, enquanto cidadã mundial, deveria ter seus direitos protegidos internacionalmente, independentemente de sua nacionalidade.

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho foram os primeiros marcos da internacionalização dos Direitos Humanos. Porém,



com a Segunda Guerra Mundial, tais organizações mostraram-se insuficientes para a proteção dos direitos humanos. Com o término da Guerra, após intensos debates para punição dos responsáveis pelos atos contra a humanidade ocorridos, foi criado o Tribunal de Nuremberg. Tal Corte foi importante para mostrar a necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos, mas tratava-se de verdadeiro tribunal de exceção, pois foi criado após os fatos, para o julgamento dos vencidos pelos vencedores. Em seguida, houve uma expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional e para zelar pela paz mundial.

Atualmente existe uma rede de proteção supranacional dos direitos humanos. Com efeito, existem dois sistemas internacionais de proteção desta gama de direitos. Existe um sistema global, no âmbito das Organizações das Nações Unidas - ONU, de alcance geral. Além deste, existem sistemas regionais, com igual objetivo, mas que leva em consideração peculiaridades regionais para ser aplicado aos habitantes de suas respectivas regiões. Existem três sistemas regionais: o europeu, o africano e o interamericano.

Pois bem, o sistema global de proteção dos direitos humanos, de alcance geral, existe no âmbito das ONU e foi cogitado, pela primeira vez, durante a Segunda Guerra Mundial, pelo então Presidente dos EUA, Franklin Roosevelt, quando representantes de 26 nações firmaram o compromisso de lutar contra as potências da Europa central.

A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945 por representantes de 50 países. Posteriormente, a Polônia que não esteve representada na Conferência, a firmou, totalizando os 51 membros fundadores. Atualmente quase todas as nações do mundo pertencem à ONU. Seu propósito é o de manter a paz e a segurança internacional; implementar relações de amizade entre as nações; realizar a cooperação internacional na solução de problemas e *o desenvolvimento e estímulo dos direitos humanos*.

A ONU tem seis órgãos principais: a Assembleia Geral, O Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, O Conselho de

Administração Fiduciária, a Secretaria e a Corte Internacional de Justiça. Os cinco primeiros órgãos têm sede em Nova York (EUA) e o último em Haya, na Holanda.

No âmbito do Conselho Econômico e Social existia a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que foi substituída por um Conselho de Direitos Humanos, cujos membros são eleitos diretamente pela Assembleia Geral. A Assembleia Geral da ONU, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consagrou vários direitos do indivíduo. Em seu conteúdo estão presentes várias conquistas do homem como: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à presunção de inocência, ao acesso à justiça, ao lazer, à saúde, entre tantos outros.

Além desta consagrada declaração de direitos, mais de 80 convenções e declarações sobre direitos humanos foram realizadas pela ONU. Os dois principais documentos são: o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- PIDES.

Neste caminho, a Comissão de Direitos Humanos realizou estudos para a elaboração de um grande tratado de direitos humanos para ser reconhecido pela comunidade internacional. Entretanto, na época da Guerra Fria, com o mundo dividido em dois blocos, um capitalista liderado pelos EUA e outro comunista liderado pela ex-URSS, surgiu grande impasse que impediu a elaboração de um documento único.

Neste caminho, para os países capitalistas era mais fácil garantir os direitos ligados às liberdades públicas, tais como: liberdade de expressão, de imprensa, de religião e de voto, por exemplo, do que proporcionar direitos sociais como direito à saúde, à previdência, à educação, à cultura, entre outros. Até porque, os primeiros são incompatíveis com a ideia de “ditadura do proletariado” e os últimos têm custo, o que nem sempre interessa à lógica capitalista, que visa o lucro.

De outra parte, os países do bloco comunista poderiam proporcionar, com maior facilidade, o último grupo de direitos mencionados, mas tinham sérias dificuldades no reconhecimento das liberdades públicas

pelo motivo já mencionado. Aliás, a ideologia socialista prestigia a igualdade em detrimento da liberdade e, assim, admite maiores restrições à liberdade visando a igualdade.

Deste modo, no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, para acomodar os interesses de ambos os grupos, surgiu a divisão dos direitos humanos em direitos civis e políticos (o primeiro grupo mencionado) e direitos econômicos, sociais e culturais (o derradeiro) e foram elaborados, na mesma época, os dois tratados referidos.

Conforme lembra PIOVESAN (1996, p.160), embora aprovados em 1966 pela Assembleia Geral da ONU, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais entraram em vigor apenas 10 anos depois, pois foi o momento em que foi atingido o número de necessário de ratificações.

Os países ocidentais, do bloco capitalista, conseguiram fazer prevalecer o argumento de que, enquanto os direitos civis e políticos deveria ser autoaplicáveis, passíveis de cobrança imediata, os direitos econômicos, sociais e culturais eram “programáticos” e deveriam ser implementados de maneira progressiva, na medida do possível (PIOVESAN, 1996, p.161).

De qualquer forma, no momento em que os Estados se tornam signatários do PIDES comprometem-se a alocar, sem escusas nem demora, o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a mais ampla proteção destes direitos dos indivíduos.

Esta cláusula de “desenvolvimento progressivo” significa que os direitos sociais podem ser ampliados, mas não diminuir a proteção já alcançada. CARVALHO RAMOS (2005, p. 245) lembra que:

o conceito de ‘progressividade’ abarca dois sentidos: por um lado, sugere-se a gradualidade da plena efetividade; de outro impõe-se o dever ao Estado de garantir o progresso, ou seja, vedam-se consequentemente o regresso, o amesquinamento

dos direitos sociais já concretizados no momento da ratificação de tais tratados.

Para acompanhar o estágio de evolução dos direitos econômicos, sociais e culturais, no âmbito dos Estados signatários do PIDESC, foi criado um “Sistema de Monitoramento” que se baseia em relatórios e informes, os quais são enviados pelos próprios Estados ao Secretário da ONU, que os encaminha para análise do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Os informes devem ser enviados a cada cinco anos. O Comitê DESC, após analisar o respectivo relatório ou informe, emite suas observações conclusivas. Embora estas conclusões não sejam dotadas de força legal vinculativa, constituem-se importante instrumento de pressão para proteção e garantia dos direitos humanos.

Além do mencionado sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU, na nossa região, existe o sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos - OEA. Esta entidade internacional foi criada em 30 de abril de 1948, em Bogotá – Colômbia, com o objetivo de buscar uma cooperação regional entre as nações do continente americano. Na verdade, assim como a ONU, reflete, via de regra, os interesses dos países desenvolvidos do continente, em especial dos EUA. Além disto, estas entidades não possuem meios para fazer valer suas decisões e recomendações, apenas se vale da pressão internacional e sanções por parte dos outros Estado-membros. De qualquer forma, é o mecanismo existente possível para o monitoramento das condições dos direitos humanos e inúmeras atividades de ambas as organizações internacionais possuem inegável importância.

O sistema de proteção dos direitos humanos da OEA tem como principal instrumento normativo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. Além deste documento, outros diplomas importantes do sistema interamericano são: o Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (relativo à abolição da Pena de Morte), adotada em 1990; a Convenção Internacional para Prevenir a Tortura, adotada em 1985; a

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em 1994; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada em 1994 e a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências, adotada na Guatemala em 1999. Além destes instrumentos mencionados, outras comissões já foram designadas para estudo de temas específicos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* reconhece e assegura uma série de direitos básicos para o indivíduo, entre eles: os direitos à vida, à liberdade, a um julgamento justo, à privacidade, à honra, à liberdade de pensamento e de expressão etc. Tal Convenção criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

A Comissão Interamericana tem como função promover a observância dos direitos humanos e, para isto, exerce as seguintes atividades: a conciliadora (entre um governo e grupos sociais que se sintam atingidos); de assessoria (aconselhando governos que solicitem); de crítica (informando a situação de tais direitos em determinado país-membro para toda a comunidade); a promotora (estudos sobre tais direitos); a protetora (intervindo em casos urgentes para solicitar que a um governo cesse determinadas ações lesivas). Um Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automaticamente a competência da Comissão e não é necessária declaração expressa neste sentido.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos existe a possibilidade de qualquer cidadão apresentar uma “petição individual” expondo o problema e requerendo providências. Existe um julgamento da admissibilidade de referida petição, pois não deve existir litispendência internacional e devem ser esgotados os recursos internos (salvo em caso de injustificável demora processual ou da legislação doméstica não prever o devido processo legal) (PIOVESAN, 2001, p.60).

Entretanto, no tocante ao exame prévio da admissibilidade, a Comissão, ao invés da simples rejeição preliminar das petições, tem adotado

diversas soluções práticas evitando o arquivamento, incluindo a solicitação de informações complementares e o adiamento da decisão, para que o indivíduo não seja colocado em situação vulnerável em sem defesa em relação ao Poder estatal (TRINDADE, 2001, p. 32).

Se a Comissão julgar admissível a petição, requererá informações ao Governo denunciado. Recebidas as informações, ou sem elas (caso esgotado o prazo concedido), será verificado o mérito do caso, analisando se existem e persistem os fatos expostos na petição. Não sendo arquivado o processo, a Comissão efetuará um exame aprofundado do assunto e, se necessária, uma investigação do fato.

Feito o estudo, a Comissão tentará uma solução consensual para o problema apresentado, mas se o acordo não for alcançado, fará recomendações ao Estado-Parte. Após o término do expediente, será redigido um relatório, que é enviado ao Estado-Parte e poderá ser encaminhado à apreciação da Corte Interamericana, o órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Porém, a questão só pode ser encaminhada à Corte se o Estado-Parte reconhecer, expressamente, a competência de tal órgão jurisdicional (PIOVESAN, 2001, p.93).

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, além da comissão supramencionada, existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos que exerce função consultiva (com a elaboração de pareceres) e contenciosa (proferindo decisões).

A Corte é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, sem repetição da nacionalidade, eleitos entre juristas de atuação na área de direitos humanos, com mandato de seis anos, havendo a possibilidade de reeleição, por uma vez.

No âmbito consultivo qualquer Estado-membro da OEA pode solicitar parecer da Corte no tocante à interpretação de qualquer tratado de direitos humanos ou da legislação interna dos países relacionada aos documentos internacionais do tema.

O exercício da função contenciosa, ao contrário da Comissão Interamericana (em que existe a possibilidade de petição individual), é limitada aos Estados-Partes da Convenção que a reconheçam expressamente. Assim sendo, somente pode ser submetido um caso a ela se outros Estados-Partes ou a própria Comissão Interamericana tomarem a iniciativa. Vale dizer: o indivíduo não pode submeter um caso diretamente para a Corte (somente através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e apenas os Estados que a reconheçam, expressamente, estão submetidos a ela.

### **Conclusão**

Além das conclusões parciais que não serão retomadas e de outras que o leitor possa chegar por si, é importante ressaltar que mesmo com os meios já existentes no ordenamento jurídico é possível melhorar a vida da população. Os chamados direitos humanos, que são reflexo do princípio da dignidade do ser humano, devem ser garantidos a todas as pessoas.

Os direitos fundamentais são direitos históricos, vez que foram lentamente conquistados pela humanidade, através dos tempos, por meio de lutas e revoluções não sendo, simplesmente, idealizados por alguém e em determinado momento. Além disto, os direitos fundamentais, em sentido amplo, são universais, indisponíveis e devem ser igualmente assegurados para todos os indivíduos e não somente parte destes.

A Constituição Federal brasileira de 1.988 deu especial importância aos direitos fundamentais, que são os direitos humanos positivados, conferindo-lhes o status de cláusulas pétreas, e determinando a obediência dos direitos e garantias ali assegurados, independentemente de outros previstos e tratados e convenções internacionais os quais o Brasil seja parte.

Recentemente houve um processo de internacionalização dos direitos humanos. Existem dois sistemas internacionais de proteção de tais direitos: o sistema global (da ONU) e os sistemas regionais (europeu, africano e interamericano).

### **Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.



REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª e., São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e turismo in: Direito e Turismo org. por Garcia, José Ailton e Martinez, Regina Célia*. Saraiva: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e fundamentais*, 2ª. Edição, Russell: Campinas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos*, Montecristo: São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. *História do Direito*, CreateSpace: Charleton, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

## SERVIÇO PÚBLICO E EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

**ALICE SANTOS VELOSO NEVES:** Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

**RESUMO:** O presente artigo almeja tratar sobre as formas de atuação do Estado, seja via execução de serviços públicos ou na ordem econômica. Depois tecerá linhas acerca da atividade econômica, a titularidade dos serviços públicos, seus princípios, as formas de prestação e classificação. Apresentam-se, ainda, os diferentes atos normativos que interferem para que haja a melhor e mais adequada prestação dos serviços públicos.

**Palavras-chave:** Serviço Público; Atividade Econômica; Delegação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Conceito de Serviço Público - 3. Domínio econômico - 4. Titularidade do Serviço Público - 5. Princípios do Serviço Público - 6. Classificação dos Serviços Públicos – 7. Formas de prestação - 7.1 Centralizado - 7.2 Descentralizado - 7.3 Desconcentrado - 8 Conclusão - Referências.

---

### 1. Introdução

Ao tratar sobre os serviços públicos o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho esclarece a dificuldade em definir, com precisão, o tema, pois se relaciona às funções do Estado e como tal apresentam-se vários e diferentes aspectos que o compõem.

Entende que a expressão serviços público admite dois sentidos fundamentais, sendo um sentido subjetivo em se leva em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à

coletividade. Explicita outro sentido, o objetivo, em que serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes.

A concepção das atividades estatais foi alvo de diversas críticas a partir da teoria de DUGUIT, que entendia que os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado. A doutrina desenvolvida por León DUGUIT, que foi decano da faculdade de Bordeaux, despertou muito interesse, foi alvo de diversas críticas e ficou famosa pela luta contra os chamados direitos subjetivos.

Sobre Duguit esclarece Moacir Lobo de Costa que:

A doutrina de DUGUIT, desenvolvida através de uma dezena de livros, principiando pelo "L'Etat, le droit objectif et la loi", de 1901, para culminar com a 3.a edição do "Traité de Droit Constitutionnel", de 1927, um ano antes de sua morte, pôde ser resumida nesta fórmula: nem o Estado é soberano nem o indivíduo livre, mas ambos, entrelaçados pela solidariedade e imbuídos do sentimento de justiça, estão subordinados ao direito objetivo, norma anterior e superior aos homens, que emerge da vida social para garantir a existência e o progresso da sociedade.

Segundo Disney Rosseti, o renomado Duguit elabora a teoria do Estado sob os seguintes fundamentos: *1. substituição do conceito de soberania pelo conceito de solidariedade, 2. substituição do conceito de poder público pelo conceito de serviço público, 3. Substituição do Estado Liberal pelo Estado Social.*

Afirma Rosseti que a teoria do jurista *desconstitui a base do direito público tradicional, pois descartava as noções de soberania e conseqüentemente de poder público e personalidade jurídica*, refutando a visão do Estado pela concepção subjetiva e apoiando a visão objetiva, sustentada no direito de solidariedade. Nesse sentido, entende que:

O Estado se legitima não pela sua origem, mas pela sua função ligada e exercida de conformidade com o direito social. O direito objetivo na sua concepção é uma regra

social fundamentada no fato da solidariedade social que une os membros da sociedade.

Rosseti ainda esclarece que a noção de serviço público surgiu e se desenvolveu fortemente pela concepção de Duguit, mas a partir das transformações sociais e políticas ocorridas ao longo do século XX passou por crises. Uma delas foi quando a partir de 1920 o Estado começou a atuar em áreas afetas ao setor econômico/industrial, passando a executar essas atividades diretamente, sob o regime de Direito Privado. Dessa forma, o setor privado começou a ter forte participação e o Estado passou atuar como gestor/regulamentador.

Apesar da escola desenvolvida por Duguit ter sido alvo de diversas críticas, negando a soberania e a personalidade jurídica do Estado, certo é que bem desenvolveu a noção de serviço público.

Sem adentrar a mais detalhes teóricos, o presente artigo pretende de forma mais simplista diferenciar o que se trata as atividades desempenhadas pelo Estado.

Assim, observa-se que nossa carta magna propôs uma divisão acerca das atividades do Poder Público. Nos artigos 175 e 176 direciona para a prestação de serviços públicos de forma direta, ou por meio de delegação, pela Administração Pública, destacando-se a utilização dos institutos da concessão, permissão, bem como da autorização.

Por outro lado, o Estado ainda pode atuar no campo do domínio econômico, exercendo atividade econômica, nos termos definidos nos arts. 170 a 174 da CF. Este é um campo próprio dos particulares.

Para melhor compreensão dessa clara divisão exposta em nossa Constituição Federal, dos setores de atuação do Estado, bem como as formas de prestação dos serviços públicos, se torna necessário explicitar desde os princípios da ordem econômica e dos serviços públicos, formas de prestação e remuneração.

## **2. Conceito de Serviço Público**

Pela diversidade de entendimentos na escola internacional sobre serviço público, como acima pouco demonstrado, facilmente encontramos diversos conceitos, em autores nacionais e internacionais. A seguir tece-se conceitos de vários renomados doutrinadores.

Nesse sentido, José Carvalho dos Santos (2010, p. 349) cita o conceito firmado por diversos estudiosos, os quais se replicam a seguir:

Serviço Público consiste em *toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral* conforme visão de Laubadère.

Marcelo Caetano esclarece que serviço público é *o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida*.

Fritz Fleiner define que serviço público é *o conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico*.

Ainda no enfoque de direito internacional o doutrinador José dos Santos cita o jurista Diez que considera serviço público como *uma prestação que a Administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral*.

Em seu conceito próprio José dos Santos Carvalho Filho define que serviço público é *toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*.

A partir do conceito de serviço público surgiram alguns princípios, estampados na Lei nº 9.887/99, como a continuidade da prestação obrigatória do serviço público. Com esse enfoque, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello define que o serviço público é *obrigatório para o estado, é dever do estado, dessa obrigatoriedade vem justamente o princípio*

*da continuidade, se ele tem esse dever, conseqüentemente ele deve fazê-lo de forma contínua.*

No estudo realizado pelo professor Alexandre Mazza (2011, p.580 e 581) indica-se alguns elementos dos serviços públicos. Aponta como características fundamentais, sendo uma *atividade material, exercida no plano concreto pelo Estado, de natureza ampliativa*, não impondo restrições ao particular, oferecendo vantagens e comodidade aos usuários, *prestada diretamente pelo Estado ou por seus delegados, sob regime de direito público e com vistas à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.*

Mazza ao final forma um conceito e define serviço público como:

Toda atividade material ampliativa, definida pela lei ou pela Constituição como dever estatal, consistente no oferecimento de utilidades e comodidades ensejadoras de benefícios particularizados a cada usuário, sendo prestadas pelo Estado ou por seus delegados, e submetida predominantemente aos princípios e normas de direito público.

Observa-se que o critério para apresentar a conceituação do serviço público, conforme a doutrina moderna é o critério formal, isto é, a depender da forma descrita em lei ou pelo constituinte.

Outro aspecto que se destaca é que a conceituação e definição de um serviço como público dependem do contexto social, pois representa uma coletividade que necessita do serviço a ser prestado.

### **3. Domínio Econômico**

O Estado atua como agente regulador do sistema econômico, como *Estado Regulador*, ou executa atividades econômicas que, em princípio, deveriam ser exercidas pela iniciativa privada, como Estado Executor, de acordo com a distinção realizada por José dos Santos Carvalho Filho.

O Estado Regulador pratica diversos atos de ordem econômica, produz normas que interferem na iniciativa privada, regula, controla e fiscaliza o abuso do poder econômico.

Além de regular o Estado também age, realiza atividade econômica, sob os limites da própria Constituição Federal, estando seus princípios estampados no art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A exploração de atividade econômica pode ser realizada diretamente pelo Estado, como exceção, conforme própria previsão constitucional exposta no art. 173 que a autoriza somente quando

necessária aos *imperativos da segurança nacional* ou sendo de *relevante interesse coletivo, conforme definição em lei*.

Nesse sentido, a forma mais comum encontrada pelo Estado, que tem o dever de prestar o serviço público é atribuir essa tarefa a entidades vinculadas ao próprio Estado, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas e a outros particulares, sempre que autorizados por lei e mediante instrumentos de delegação, preferencialmente sob o regime de concessão ou permissão.

#### **4. Titularidade dos Serviços Públicos**

O serviço só se constitui como público se a titularidade deste recair sob uma pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido observam-se as regras de competências definidas em sua maioria pelas Constituição Federal, havendo paralelismo nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

Assim, se por exemplo, a competência pelo serviço de transporte entre Estados compete à União, conforme disposto na Constituição Federal, por óbvio há replicação desse modelo nas Constituições Estaduais, em que os serviços de transporte entre os municípios do estado lhe serão de sua competência. A legislação pode ainda especificar e detalhar sobre quem é o titular do serviço a ser prestado.

A titularidade do serviço público nunca é delegada, pode ocorrer apenas a transferência temporária da prestação do serviço, após autorização legal, de delegação de serviço público.

A Constituição Federal dividiu diversos serviços públicos à União, descritos no art. 21, incisos X a XII, como o serviço de telecomunicações, aos Estados, prestando os serviços locais de gás canalizado (art. 25 §2º da CF) e aos Municípios, que nos termos do art. 30 da CF são aqueles de interesse local.

Apesar da competência delimitada de cada titular do serviço público o dispositivo constitucional ainda incentiva a ação por cooperação dos entes federados, conforme preceito disposto no art. 241, que oferece a prestação



dos serviços público por gestão associada, autorizada via consórcios públicos ou convênios de cooperação.

Assim, mesmo sem ser o titular do serviço, os Municípios, DF ou Estado podem atuar como se fossem, desde que previamente pactuado, após lei que autorize a formação de consórcios públicos nesse propósito ou mediante a assinatura de convênio de cooperação.

## **5. Princípios dos Serviços Públicos**

Como a maior parte das questões, a doutrina é bastante divergente em relação aos princípios dos serviços públicos, a sua enumeração específica. Entretanto, seguem o regime jurídico-administrativo, eis que se submetem a regras de direito público.

Nesse sentido, aplicam-se os princípios constitucionais elencados no art. 37, caput, da CF, além de outros mais específicos e dispostos na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a delegação de serviços públicos.

Como princípios gerais, há a submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, supremacia do interesse público, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, finalidade, continuidade e outros.

Em relação aos princípios específicos, delineados na Lei nº 8.987/95, encontramos o princípio da adequação, em que o serviço público deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade ou universalidade, e cortesia em sua prestação, além de possibilitar a modicidade tarifária, devendo ser disponibilizado pelo valor mais acessível possível.

Há necessidade de o serviço público ser a impessoal e atual, prestado conforme as técnicas mais modernas. É norteado, ainda, pelo princípio da cortesia, devendo o prestador do serviço público ser cortês, atender com urbanidade e dar informações claras, transparentes.

## **6. Classificação**

O serviço público pode ser classificado em diferentes aspectos. Em sentido amplo, serviço público representa qualquer atividade estatal.

Observado pelo ângulo de sua obrigatoriedade temos que o serviço público pode ser compulsório, de utilização obrigatória, remunerado, portanto por taxa, tributo compulsório, fixado por lei. Por outro lado pode também ser facultativo, remunerados por tarifa ou preço público, que são receitas não tributárias, advindas de vínculo contratual.

A atividade administrativa ainda é dividida em relação a sua essencialidade, podendo o serviço ser propriamente público, também chamado de serviço próprio do Estado ou pró-comunidade, em que a Administração o presta diretamente à comunidade por serem essenciais à sobrevivência do grupo social, como a higiene.

Em relação à essencialidade e possibilidade de delegação classificam-se os serviços de utilidade pública, também denominados de serviços impróprios do Estado ou do pró-cidadão, em que são prestados pela Administração ou por seus delegatários, mediante controle, regulação e fiscalização.

E em relação aos destinatários os serviços públicos classificam-se em *uti singuli*, os quais possuem destinatários determinados, de fruição individual, como água e energia elétrica, ou *uti universi* em que possuem usuários indeterminados, que possuem fruição geral.

O professor Mazza considera que os serviços *uti universi*, ou serviços gerais, não criam vantagens particularizadas para cada usuário, sendo impossível medir o quanto cobrar por usuário beneficiário, eis que indivisíveis, não podendo ser dados em delegação ou remunerados pela cobrança de taxa. São serviços prestados diretamente pelo Estado, a usuários indeterminados, custeado por receitas provenientes de imposto. São exemplos a coleta de lixo, limpeza de rua, a iluminação pública, atividade jurisdicional, entre outros.

## 7. Formas de prestação

Como afirmado na introdução deste artigo, a partir da doutrina de Duguit, que entendia que os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado é possível sim identificar semelhança com a organização administrativa estatal, pois dela depende para ser classificada e realizada.

Nesse sentido, considerando a concepção de organização administrativa estatal como um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa, é possível estabelecer as formas de prestação dos serviços públicos.

Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização e a própria classificação de serviço público, em seu sentido objetivo, que é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes, pode ser detalhada em três situações fundamentais: a centralização, descentralização e a desconcentração.

### **7.1 Centralizado**

Quando o serviço público é executado diretamente pelo Estado, ele é dito de forma centralizada, executado por meio de seus órgãos, e agentes administrativos que compõe sua estrutura.

Nesse caso há a centralização administrativa, sendo a atividade prestada pelo centro, núcleo da administração pública competente, executado pelos entes despersonalizados integrantes de uma mesma pessoa política (União, Distrito Federal, estados ou municípios), sem outra pessoa jurídica interposta.

A prestação direta pode também ocorrer com o auxílio de particulares, feito em nome do Estado, após procedimento licitatório, celebrando-se contrato para prestação de serviços, como o de limpeza e conservação.

### **7.2 Descentralizado**

De forma diferente da centralização, que é a ação dentro do mesmo ente federativo, executado por ele mesmo, a descentralização é justamente a retirada do centro, da execução por mão própria da Administração Direta.

Assim, nesse caso a prestação da atividade é retirada de seu núcleo, sendo executado pela administração indireta ou por particulares. A **descentralização** administrativa ocorre então quando o Estado (União, DF, estados ou municípios) desempenha algumas de suas funções por meio de outras pessoas jurídicas. Pressupõe duas pessoas jurídicas distintas: o Estado e a entidade que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição.

Com o advento da Reforma Administrativa Federal, via Decreto-Lei nº 200/67, considerou-se a “descentralização administrativa” como um dos princípios fundamentais da Administração Federal.

Importa ressaltar que quando a prestação de um serviço se desloca de um ente federativo para outro não ocorre descentralização administrativa, mas sim transferência entre entes políticos.

Na descentralização administrativa, portanto, ocorre o deslocamento da prestação da atividade administrativa para outro ente, sem qualquer hierarquia ou subordinação, havendo apenas controle e fiscalização. Repassa-se a atividade administrativa da Administração Direta para a Indireta ou para Particulares.

O Estado pode transferir a prestação do serviço público, isto é, realizar a descentralização administrativa, via outorga ou delegação (também chamada de colaboração).

A prestação do serviço direta por outorga ocorre se houver lei específica que isso autorize e é realizada por meio de pessoas jurídicas especializadas criadas pelo Estado. O instrumento de outorga transfere a titularidade do serviço, além de sua própria execução, transferindo-se o domínio sobre o serviço.

Assim, só pode ocorrer para a Administração Indireta, ente de direito público. O Estado descentraliza a prestação dos serviços, outorgando-os a outras entidades (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, associação pública, e fundações públicas), que são criadas para o fim de prestá-los.

No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, que apesar de compor a Administração Indireta são regidas por regras do direito privado, a descentralização se pauta apenas na execução dos serviços, feita mediante delegação formalizada por lei, conforme estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal.

A descentralização por delegação ou colaboração acontece quando o Estado, titular do serviço público transfere a sua mera execução, via contrato ou ato unilateral, a particular, preferencialmente após regular procedimento licitatório e com autorização legal, sendo efetivada por meio de concessão, permissão ou a autorização temporária para a execução do serviço.

O particular exerce a atividade administrativa sob sua conta e risco, mediante remuneração, por meio de contrato ou ato administrativo e sofre fiscalização do Estado para que o serviço seja prestado de forma adequada e eficiente.

### **7.3 Desconcentrado**

A desconcentração da atividade administrativa acontece quando o titular do serviço distribui sua competência, no âmbito de sua própria estrutura, a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços. Pressupõe a existência de uma só pessoa jurídica que em seu âmbito interno distribui competência.

Na desconcentração, portanto, há o deslocamento da atividade administrativa. Há uma distribuição interna de partes de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, referindo-se à organização interna de cada pessoa jurídica, com o fito de tornar mais eficiente a execução das finalidades administrativas previstas em lei.

A desconcentração da execução do serviço público é simples técnica administrativa, de distribuição interna de funções, que pode ser utilizada tanto na Administração Direta, quanto na Indireta. Assim, no momento que a autarquia federal (órgão descentralizado) cria representações regionais, ocorre o fenômeno da desconcentração, e não da descentralização administrativa.

Diferente da descentralização, que não há subordinação entre aquele que executará a atividade administrativa e o seu próprio titular, na desconcentração há subordinação e tem como base o poder hierárquico, quando se refere a ordem de deslocar um serviço dentro da mesma pessoa jurídica.

## **8. Conclusão**

A teoria desenvolvida pelo jurista León Duguit possibilitou o surgimento de um verdadeiro sistema e representa grande marco, não só por estabelecer fundamento para o chamado Estado Social, mas por consagrar a visão finalística da questão do serviço público, de alcançar a solidariedade social e o interesse público.

Nesse sentido, a atividade estatal, a forma de execução dos serviços públicos espelha a própria existência do Estado.

Denota-se que após apresentação na atual Constituição Federal, principalmente em seu art. 175, vários normativos surgiram para disciplinar a melhor forma de execução dos serviços públicos e das atividades administrativas do Estado, como um todo.

A realidade é que o prestador de serviço público está sujeito a normas de regulação ou supervisão específicas, devendo ainda deveres ao Código do Consumidor, no que lhe é pertinente e essencialmente ao disposto na Lei nº 8.987/95, também denominada de lei das concessões, a qual, como se demonstrou, institui diversos princípios a possibilitar uma melhor e mais adequada prestação dos serviços públicos.

Da Lei das Concessões para a atualidade vislumbra-se a publicação de diversos normativos, pormenorizando princípios que ali já haviam sido detalhados. Exemplo disso é a questão da transparência, de determinação constitucional e explicitado na específica Lei de Acesso a Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011.

Outra recente alteração trata-se da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispôs sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

A nova lei traz diversos conceitos e preceitua que um dos meios de participação na Administração Pública é a realização de reclamações a respeito da qualidade dos serviços públicos, via canais, como a ouvidoria.

E mais uma vez essa novidade legislativa, que entrará em vigor em diferentes datas<sup>[1]</sup>, a depender do ente federativo, apresenta diversos conceitos, sendo o serviço público definido *como atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública*.

E, novamente, estabelecem os princípios relevantes para que os serviços públicos e o atendimento do usuário (novidade) devam ser realizados de forma adequada.

Repetições de boas intenções como esta sempre surgem, esperamos que sejam efetivamente cumpridas.

### Referências

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em Acesso em: 10 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Esquematizado*: Informativo 845 STF. Disponível em <

<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/12/info-845-stf.pdf>>.  
Acesso em: 10 fev. 2018.

COSTA, Moacir Lobo de. *O Direito Público Subjetivo e a doutrina de Duguit*. Disponível em <  
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66172/68782> > Acesso  
em: 08 fev. 2018.

GARCIA, Wander. *Super-revisão: Concursos Jurídicos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

ROSSETI, Disney. *A crise do serviço público e a concepção de Léon Duguit: uma visão finalística*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3396, 18 out. 2012.

**Nota:**

[1] A aplicação das obrigatoriedades impostas pela Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 entram em vigor, a contar da sua publicação, em 365 dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 500 mil habitantes; 540 dias para os Municípios entre 100 mil e 500 mil habitantes; e 720 dias para os Municípios com menos de 100 mil habitantes.



## A PROPORCIONALIDADE DO DANO MENSURADO EM CASOS DE BULLYING NO TRABALHO

**RALISSA QUEIROZ LIMA E SILVA:** Faculdade de Rondônia - FARO. Bacharel em Direito, Pós graduanda em Docência no Ensino Superior, Master Coach, Soldado Policial Militar de RO.

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta os procedimentos de uma pesquisa descritiva. Existem atos que praticados por outrem podem causar danos a pessoas, embora ainda não sejam criminalmente tipificados, pode gerar danos no âmbito civil, considerado como ato ilícito passivo à reparação de danos morais. O bullying pode gerar diversas consequências posteriores à vítima, dentre elas: A vítima pode tornar-se insegura; passar a ter baixa estima; não conseguir conviver em sociedade; ter dificuldades nas relações afetivos e sociais; não produzir mais no trabalho; estagnação pessoal. O presente artigo pesquisou a proporcionalidade do dano decorrente de bullying no ambiente de trabalho. Mas, como mensurar esse dano moral procedente de bullying? Neste trabalho de pesquisa buscou-se um entendimento para esse fenômeno. Principalmente, na consideração de quais os aspectos que são relevantes e devem ser analisados pelo juiz na hora de mensurar o dano causado. Daí perguntaríamos: Deve-se levar em conta os efeitos causados à personalidade do ofendido? E, assim determinar o quanto deve ser atribuído como indenizável a título de dano moral? Esta pesquisa traz um entendimento sobre a proporção do dano resultado de bullying no ambiente de trabalho, levando em conta os meios utilizados pelos julgadores para mensurar e liquidar tal dano. O bullying não se limita tão somente ao âmbito escolar, mas vem acontecendo também, na maioria das vezes de maneira silenciosa, nos locais de trabalho. Diferente do assédio moral que é agressão feita por superiores hierárquicos, o bullying no trabalho acontece entre os próprios pares. Na esfera jurídica não há nada previsto especificamente sobre o bullying no trabalho, sendo então configurado como um ato ilícito. Ou seja, ato não previsto em lei. O Código Civil, em seus artigos 186 e 187, dá a definição legal para ato ilícito, sujeito a reparação se indenizado a vítima por danos morais.

**Palavras-Chave:** Bullying. Danos. Consequências. Proporcionalidade. Liquidez.

**ABSTRACT:** This paper presents an descriptive procedure. For causing harm to others and not be criminally is typified by having tort liability and damages. Bullying can cause various further consequences to the victim, including: The victim may become unsafe; going to have low esteem, unable to live in society, have difficulties insocial and emotional relationships, not produce more work; personal stagnation. This paper researched the proportionality of the harm caused by bullying in the workplace. But, how to measure this damage coming from bullying? In this research we sought an understanding of this phenomenon. Aspects that are relevant and should be considered by the judge at the time of measuring the damage caused in its result, and thus give the liquidity of damage? This research provides an understanding of the proportion of the damage a result of bullying in the workplace, taking into account the means used by the judges to measure and settle such damage. Bullying is not limited solely to the school, but also happening, mostly silently, in the workplace. Unlike the bullying that is done by superiors aggression and bullying in the work place between peers. In the legal sphere there is nothing planned specifically on bullying at work, and then configured as a tort. Ie, do not act provided by law. The Civil Code, in articles 186 and 187, give a legal definition to tort, compensated for damages.

**Keywords:** Bullying. Damage. Consequences. Proportionality. Liquidity.

---

## INTRODUÇÃO

Em meados da década de 1970, na Suécia, a sociedade sueca começou a ter interesse mais relevante sobre o bullying, interessando também, em sequência, a outros países. No ano de 1982 o Ministério da Educação da Noruega deu início a atividades de estudos e prevenções, com intuito de combater casos de bullying. Pois aconteceu naquele país casos de repercussão mundial, os quais possivelmente motivadas por maus tratos, praticados por pares escolares, o que levou três crianças entre 10 e 14 anos cometeram suicídio.

Já no Brasil, somente no final do ano de 1990 e começo de 2000, surgiram pesquisas sobre casos de bullying. Entretanto, o bullying não se limitou tão somente ao âmbito escolar, mas acontecendo também, na maioria das vezes, de maneira silenciosa nos locais de trabalho. A princípio poderia ser igualado ao assédio moral. Todavia, o assédio moral é agressão feita por superiores hierárquicos. Enquanto que o bullying no trabalho acontece entre pares.

Na esfera jurídica não há nada previsto especificamente sobre o bullying no trabalho, sendo então configurado como um ato ilícito pelo direito civil em virtude dos danos causados as pessoas. Porém ilícito não tipificado pelo Código Penal ou lei especial. O Código Civil, em seus artigos 186 e 187, dão a definição legal para ato ilícito. Sendo tal ato indenizado por danos morais. O bullying pode gerar diversas consequências posteriores à vítima, dentre elas pode: a) a vítima pode tornar-se insegura; passar a ter baixa estima; b) não conseguir conviver em sociedade; c) ter dificuldades nas relações afetivos e sociais; d) não produzir mais no trabalho; e) estagnação pessoal. O presente artigo visa pesquisar a proporcionalidade do dano decorrente de bullying no ambiente de trabalho.

Por causar um dano a outrem e não ser criminalmente tipificado, poderá, entretanto ser considerado um ato ilícito civil passivo de danos morais. Mas, e como mensurar esse dano moral procedente de bullying? Neste trabalho de pesquisa busca-se um entendimento para esse fenômeno. Que aspectos são relevantes e devem ser analisados pelo juiz na hora de mensurar o dano causado em seu resultado, e assim dar a liquidez do dano moral? Esta pesquisa traz um entendimento sobre a proporção do dano resultado de bullying no ambiente de trabalho, levando em conta os meios utilizados pelos julgadores para mensurar e liquidar tal dano.

## 2.1 O SIGNIFICADO DO BULLYING

Atualmente vem crescendo em pesquisas, entendimentos, e também surgiram campanhas contra o fenômeno chamado bullying. O Bullying é um termo originário do inglês, adotado por diversos países, inclusive o Brasil, para definir “o desejo consciente e deliberado de maltratar

uma pessoa e colocá-la sob tensão” (TATUM E HERBERT, 1999, apud FANTE E PEDRA). É um problema específico, que como cunho destrutivo e atualmente considerado como uma epidemia, por esses aspectos deve ser dada uma maior e especial atenção pelos poderes constituintes do Estado como um todo.

Segundo a educadora e pesquisadora Cleo Fante:

Bullying são atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (...). Podem ser exercidas por um ou mais indivíduos e são capazes de causar dores, angústia, e tem o objetivo de intimidar ou agredir a outra pessoa. (<http://www.significados.com.br/bullying/>)

Bullying é a violência, quer física ou psíquica, que acontece reiteradas vezes, praticadas por um indivíduo e, principalmente, com a intenção de humilhar, rebaixar, massacrar, menosprezar, diminuir e, dentre outras, até machucar outra pessoa, que seria a vítima. A vítima seria uma pessoa, supostamente, mais fraca, que não sabe como se defender e nem tampouco consegue falar sobre o que vem passando para então pedir ajuda. Temos que observar os pontos principais na identificação do bullying, seriam eles: a presença da violência (física ou psíquica), a repetição dos atos, a intencionalidade maldosa para com o outro e o resultado, se está causando algo negativo no outro. Ou seja, não podemos considerar qualquer atitude negativa para com o próximo como bullying, pois os atos praticados por um ou mais indivíduos devem ter o cunho final de causar dor, angústia, dando a quem pratica uma sensação de poder, pois seu objetivo é a intimidação ou agressão do outro (vítima). Assim, deve ser necessária a intenção e a repetição dos atos.

Dan Olweus um dos pioneiros em estudos e pesquisas sobre o bullying afirma que este fenômeno pode ter variadas formas e tipos, definindo nove tipos de bullying, são eles:

O bullying verbal, O bullying pela exclusão social ou o isolamento; A agressão física; A divulgação de mentiras e boatos falsos; o furto ou danos a objetos

das vítimas; a ameaça e o forçar a cometer atos ou atividades; bullying racial; o assédio sexual e cyberbullying” (Swearer, Espelage, Napolitano, 2009).

(<http://movcontrabullying.blogspot.com.br/2010/03/definicao-de-bullying.html>).

Dan Olweus diz ter o bullying, diversificadas formas e tipos. O bullying verbal seria os apelidos vexatórios, as comparações com o físico da pessoa e algum personagem, animal, ou até objetos, ataques às condições sociais, ou a algo referente aos pais. Já na exclusão social o indivíduo por algum motivo não agradável se isola. O bullying na forma física dá-se por agressões, humilhações e não carecem de motivo para acontecerem. As mentiras e os boatos seriam uma forma de bullying, que acontecem com mentiras de fatos, ou acontecimentos, boatos de algo que nunca aconteceu ou aconteceu de forma diversa da qual se espalhou. Essas mentiras são capazes de denegrirem a imagem da vítima e muitas vezes irreparáveis – e a vítima tem que ter isso como parte de sua vida, pra vida toda. A ameaça e o forçar a cometer atos ou atividades são uma forma que apesar de parecer comum pra sociedade e para os que praticam-a. Atividades de iniciação a alguma atividade, por exemplo, não deixa de ser bullying. O racial é o mais direcionado e alguma raça que se supõe encontra imune a tal ato.

Já o cyberbullying, podemos defini-lo como aquele feito através das redes sociais, com o uso da rede mundial de computadores (Internet), podendo inclusive ser usado qualquer das outras espécies acima enumeradas, para atacar pessoas.

## 2.2.BULLYING NO TRABALHO

O bullying no local de trabalho foi definido por Margarida Maria Silveira Barreto (2000), Médica do Trabalho como:

A exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em

relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. (Margarida Barreto, 2000.)

A especialista alega que não são levadas em conta as conseqüências jurídicas resultantes da prática do bullying, enfatizando apenas o bullying escolar. O que já seria uma falha, pois há que se falar em bullying em locais diversos do ambiente da escola, como a prática de bullying nos locais de trabalhos, com fatos que levam os trabalhadores a humilhação e possíveis constrangimentos, com suas repetições e de longas durações. Para a especialista, a imprensa aborda mais as questões psicológicas nos jovens, deixando de lado as possíveis conseqüências jurídicas que o bullying pode gerar. Existe uma grave desestabilização da vítima com relação ao seu local de trabalho e principalmente assiduidade no desempenhar de sua função. Em todas áreas profissionais – seja médicos, advogados, engenheiros, psicólogos, professores, existem casos de bullying.

De acordo com Sônia Mascaro:

O bullying é caracterizado por uma conduta abusiva, seja do empregador que utiliza sua superioridade hierárquica para constranger seus subalternos ou de empregados que, motivados pelo preconceito e competitividade insultam colegas de trabalho em atitudes repetidas, como menosprezo, perseguição, brincadeiras de mau gosto, criação de apelidos, entre outras ofensas e humilhações. Tais práticas são freqüentemente aceitas ou mesmo encorajadas como parte da cultura competitiva da organização.

Segundo a advogada, o bullying que vai além dos muros da escola, penetrando em outras instituições, atingindo também o ambiente de trabalho. Atualmente o fenômeno vem se alastrando, se espalhando e atingindo as mais diversas áreas, como o trabalho, por exemplo. Não tem como falar de, bullying nos tempos de hoje, e não vê-lo em diversas instituições.

Entende-se que por não haver legislação específica sobre o caso o fenômeno adquire nomenclaturas diferentes, porém com a mesma definição. O Relator Desembargador MARCOS LINCOLN de maneira sucinta, direta dá o significado, e resultados do bullying:

TJMG. 1.0452.04.016265-6/001(1) – Rel. Des.(a) MARCOS LINCOLN. [...] O assédio moral constitui hodiernamente um dos mais debatidos objetos de pesquisa multidisciplinar, envolvendo estudos médicos, jurídicos e psiquiátricos, e é também conhecido como “bullying”, “mobbing”, coação moral, assédio psicológico, manipulação perversa, hostilização no trabalho ou psicoterror. Deve ser entendido como toda e qualquer conduta abusiva, agressiva e vexatória no ambiente de trabalho, que pode manifestar-se por uma comunicação hostil e não ética, gestos, palavras, comportamentos, ordens de isolamento, dentre outras, direcionada a um ou mais indivíduos, e capaz de oferecer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica do trabalhador, colocando seu emprego em perigo ou degradando-o junto aos demais integrantes do grupo. [...] [grifo nosso](<http://nalei.com.br/bullying-profissional-e-o-constrangimento-ilegal-hierarquico-no-direito-administrativo-militar-2894/>)\_

O Relator Desembargador percebe a importância de se dar uma maior atenção aos casos de bullying, bem como se aumentar o conhecimento sobre o fenômeno. Ressalta ainda a importância de que não é um problema apenas da área jurídica, mas deve ter atenção conjunta de

estudos médicos, bem como jurídicos e na área psiquiatra. Ele observa ainda as várias definições para o mesmo fenômeno, ou seja, o assédio moral hoje pode ser conhecido por bullying, mesma definição com nomenclaturas distintas, sendo chamada ainda de mobbing, dentre outras. O Desembargador vai além dando uma definição sobre o assunto, dizendo se tratar de conduta que ultrapasse o permitido e o bom senso, o respeito; agressões; atitudes vexatórias. Externadas por comunicações deselegantes, através de gesticulações, palavreados, ações comportamentais, busca pelo isolamento da vítima, podendo haver somente uma vítima, como também várias vítimas. Tudo isso pode resultar em dano à personalidade da pessoa, a sua dignidade e até à saúde física e psíquica do empregado, ridicularizando-o perante os demais componentes do grupo e até o perigo de se prejudicar em seu trabalho.

O bullying caracteriza-se por forçar a vítima ao isolamento social. Esse isolamento é obtido por meio de uma variedade de técnicas que combinam intimidação e humilhação. Entre elas, estão: espalhar comentários, recusar se socializar com a vítima, intimidar outras pessoas que desejam se socializar com ela e criticar o modo de vestir ou outros aspectos significativos, como etnia, religião, deficiências, etc.(...) Atitudes, infelizmente, cada vez mais comuns no ambiente de trabalho. (<http://www.lideraonline.com.br/artigo/50390-novas-formas-velhos-habitos-bullying-e-o-assedio-moral-no-trabalho.html>)

Uma das características mais marcantes do bullying é forçar a vítima a se isolar dos demais. São depreendidas ações coatoras, atos capazes de humilhar a parte mais fraca da relação. São espalhados boatos (fofocas), exclui-se dos grupos, apontam-se defeitos, críticas a qualquer coisa particular da vítima que fique visível que mexe com a parte fraca, para então enaltecer uma suposta força daquele que pratica e assim se destacar para com os demais. Atualmente vem se tornando cada vez mais frequente e comum, ocorrências de bullying nos locais de trabalho. Atualmente, apesar de as informações não serem suficientes, a população está tendo um acesso



maior a cerca do que vem a ser este fenômeno que cresce cada dia mais, os trabalhadores estão sabendo mais sobre o que fazer quando forem vítimas de bullying/ assédio moral/mobbing e principalmente, criando coragem pra denunciar.

Uma humilhação que se repete, e acaba trazendo diversos problemas à saúde da pessoa – física e mental.

### 2.3.PARTE ATIVA E PASSIVA DO BULLYING E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS:

**QUEM PRATICA:** Pseudo sensação de poder; relação social prejudicada; possíveis futuros comportamentos agressivos; possíveis envolvimento, futuros, em atos criminosos;

**QUEM SOFRE:** sensação de humilhação; retrai-se; intenso sofrimento solitário, por não conseguir pedir ajuda; pode haver reações violentas; não querer ir ao ambiente onde acontece bullying; pode até tentar suicídio, senão cometê-lo;

**TESTEMUNHA:** medo de sofrer o bullying também, por isso fica intimidado, indefeso e inseguro; sofre em silêncio não sabe como ajudar a vítima, tem seu aprendizado prejudicado, pode ter uma falsa interpretação de que é legal, correta a prática de bullying. (Fonte: Cartilha “Bullying na minha escola não!” – Escola do Legislativo de Rondônia/2012.)

Inúmeros são os reflexos que o bullying causa. E vale ainda ressaltar que não há reflexos só com relação à vítima, mas para quem pratica e até a testemunha também sofrem esses reflexos. Diversos transtornos podem ser resultados deste fenômeno. Vale salientar que pode ter mais de um indivíduo a praticar como sofrendo o bullying, bem como várias testemunhas.

### 2.4.A COMPROVAÇÃO DO BULLYING

Vale ressaltar que o assédio moral pode ser caracterizado por um ato do assediador, enquanto o bullying não. Como podemos ver no exemplo a seguir:

Isto porque, o assédio moral estará plenamente caracterizado, por exemplo, quando o chefe assediador transfere um técnico mecânico para o departamento de serviços gerais da empresa, ou seja, torna a pessoa tecnicamente qualificada em um mero trabalhador braçal para humilhá-lo.

<http://www.manucciadvogados.com.br/possibilidade-de-caracterizacao-conjunta-do-bullying-e-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho/>

É possível caracterizar o assédio moral através de apenas uma atitude do assediador enquanto o bullying não. Pois conforme o exemplo dado acima o chefe ao transferir um homem com especialização técnica em mecânica para exercer serviços diversos do qual sua especialização tem por fim, colocando um técnico especialista para fazer serviços que não exigem qualificação nenhuma, além de força braçal, estaria de certa forma, desqualificando o empregado. Ficando constatada a finalidade da transferência com caráter apenas de humilhar tal trabalhador. Seria então definida tal atitude como assédio moral e não como bullying/mobbing, pois o bullying necessita da repetição de atos. Para algumas correntes, como a citada, o bullying só ocorre entre colegas, pares, enquanto o assédio moral pode ser por parte de chefe para subordinado. Muito importante à vítima atentar para a comprovação do ato ilícito, e ir juntando todas as provas possíveis para comprovação deste ato contrário ao que o artigo 5º da Carta Magna em seu inciso X que dispõe ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelos danos sofridos. Ou seja, tudo aquilo que estiver sendo danoso a sua pessoa, se perceber estar sendo violados quaisquer daqueles direitos individuais previstos no artigo 5º, X, CF, a vítima deve juntar provas, anotando horários, dias dos fatos, toda informação pertinente. Para a comprovação eficaz das ilicitudes dos atos.

## 2.5.DANO MORAL – Bullying/Mobbing/Assédio Moral

O dano moral é a lesão à honra, o crédito, a liberdade, a dignidade da pessoa. Definido no Novo Código Civil em seu artigo 186, como um ato ilícito, conforme segue: “Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Portanto, dano é que se origina do dever genérico, do qual é gerada a obrigação de reparar, donde o princípio segundo o qual o que faz aquilo que não deveria fazer. Ou seja, reparação no sentido de se proporcionar ao lesado a quantia destinada a cobrir as despesas com o que foi proporcionado ao sofredor (vítima). Não importando se o dano for apenas moral, se violou direito e com isso causou dano a outra pessoa, será configurado ato ilícito.

Já o Artigo 5º, X da CF, assegura o direito à indenização pelo dano moral em casos de violação ao que lhe é assegurado, como veremos: “Artigo 5º. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Portanto, apesar de não haver uma lei específica para casos de bullying é de fácil percepção que suas consequências resultantes de atos de bullying que violam o artigo 5º da Constituição Federal dentro do que esta tipifica como inviolável. O que um homem tem de mais precioso e que ninguém jamais poderá tomar dele é sua honra, sua dignidade humana, sua imagem para com todos, é direito seu também ter uma vida privada protegida, respeitada, tudo isso a nossa Carta Magna vem defendendo e protegendo em seu artigo 5º, inciso X.

Em maio de 2010, a Justiça obrigou os pais de uma aluna de um colégio em Belo Horizonte a pagarem uma indenização de R\$8 mil a uma garota de 15 anos em razão do bullying. A estudante foi classificada como “g.e.” (grupo de excluídos) por ser supostamente feia e as insinuações se tornaram frequentes com o passar do tempo, recebendo os apelidos de “tábua, prostituta, sem peito e sem bunda”. O juiz relatou que as atitudes da adolescente acusada pareciam não ter “limite” e que deixaram a vítima “triste, estressada e

emocionalmente  
debilitada. <http://www.lideraonline.com.br/artigo/50390-novas-formas-velhos-habitos-bullying-e-o-assedio-moral-no-trabalho.html>

Existem atualmente diversos julgados a respeito de bullying, casos em que diversas crianças sofrem discriminações por não se adequarem aos padrões de beleza estipulados pelos grupos dominantes nas escolas. Essas vítimas sofrem com o isolamento, com as ofensas a sua honra, imagem, enfim a sua dignidade. Atitudes repetidas, maçantes que nem sempre se encontra uma explicação para tal, apenas com o intuito de mostrar o poderio de determinada pessoa ou grupo sobre a vítima. Como saber se o valor da indenização é proporcional ao dano causado? Há a sensibilidade do juiz do caso exposto em perceber alguns dos resultados gerados pelo caso. Mas seriam somente esses resultados?

Julgamentos em ambientes de trabalho também já servem de modelos e exemplos na justiça contra o “bullying”, abaixo exemplos:

Aqueles que exercem cargos de chefias, de responsabilidades pelos trabalhadores, ou seja, os líderes devem aprender a perceber através do comportamento de seus subordinados a presença de bullying no ambiente, a fim de impedir que “brincadeiras”, que possam parecer a primeira análise inofensivas, resultem em ações cíveis. Como o fato a seguir que aconteceu em uma cidade de Minas Gerais:

A empregada de uma casa noturna, que trabalhava como caixa, foi submetida a situações constrangedoras e humilhantes, como trabalhar trancada em um cômodo minúsculo e, sempre que precisasse ir ao banheiro ou sair para lanchar, tinha de ficar batendo insistentemente na porta para que alguém a soltasse. Somente o gerente tinha a chave. Também era diariamente revistada pelo superior, que a obrigava a tirar os sapatos e fazia a revista manual de suas roupas, tocando-a de forma abusiva. Tais fatos foram julgados pelo Tribunal do Trabalho de

Minas Gerais, que classificou a atitude do gerente abusiva e ofensiva à intimidade, à privacidade e à dignidade da reclamante. O bar dançante foi condenado ao pagamento de uma indenização por dano moral no valor de R\$6 mil.

<http://www.protocolojuridico.com.br/site/todas-publicacoes/1607-conduta-abusiva-e-ofensiva>

A funcionária que trabalhava como caixa, estava sofrendo humilhações e constrangimentos, sendo forçada a trabalhar em um local muito pequeno e quando precisava fazer suas necessidades fisiológicas, quando precisasse fazer um lanche deveria bater na porta até que alguém abrisse e a soltasse. Sendo que somente o gerente tinha a chave do local. Todos os dias eram levados a uma revista por seu superior e durante esse ato era tocada de maneira abusiva. Atos que contrariam o artigo 5º, X da CF que prevê a inviolabilidade da intimidade, e a dignidade humana. Como saber se o valor da condenação é proporcional ao dano causado? Também em Minas Gerais:

Outro caso foi julgado procedente pela Justiça do Trabalho, ao condenar uma empresa ao pagamento de indenização por danos morais ao empregado, que era frequentemente agredido verbalmente por seu chefe, que utilizava palavrões, gritos e gestos obscenos para advertir e dar ordens aos seus subordinados. Ao acolher o pedido de indenização por danos morais formulado pelo trabalhador, o juiz acentuou que todo empregado tem o direito de ser tratado com urbanidade no ambiente de trabalho e o fato de serem trabalhadores braçais de baixa escolaridade não justifica o tratamento humilhante e desrespeitoso dispensado a eles.

<http://www.spinbullie.blogspot.com.br/>

Exemplo que fere o previsto no artigo 5º, X, da CF, pois o trabalhador tem sua honra, imagem e integridade feridas com as repetidas agressões praticadas pelo chefe. Palavreados desonrosos, alterações nos tons de voz, gesticulações com obscenidades na hora de advertir e dar as ordens aos trabalhadores. O Juiz ao apreciar a ação de indenização fala sobre a urbanidade em locais de trabalho, sendo direito dos trabalhadores serem tratados com tal urbanidade. Não importando qual o serviço prestado, quer seja o serviço de supervisão seja serviço braçal. Ou seja, o respeito, a atenção e cordialidade devem estar presentes em todo âmbito do trabalho, independente de cadeia hierárquica.

Um rapaz de 19 anos foi violentado por outros quatro soldados no quartel do Parque Regional de Manutenção de Santa Maria, Rio Grande do Sul, na noite do dia 17 de maio. O rapaz que cumpria detenção por não se apresentar em um plantão foi agarrado, teve a boca tapada e foi violentado por outros quatro soldados, que o ameaçaram para não contar o ocorrido. Na manhã seguinte, após passar mal, o rapaz denunciou o ocorrido a um sargento e foi conduzido ao Hospital de Guarnição de Santa Maria, onde ficou internado por seis dias. <http://bullynobullying.blogspot.com.br/search/label/Caracter%C3%ADsticas%20do%20Bullying>

Havendo ou não violência serão os militares do caso julgados de acordo com o Código Penal Militar, pois o referido código proíbe sexo na caserna. O soldado ficou impedido de receber a boina, ato cerimonial da incorporação de soldado ao exército. Foram espalhados boatos na caserna e para sua família de que a vítima era homossexual. A vítima é um exemplo da ausência de motivos para as agressões de bullying. A vítima foi coagida a não contar o ocorrido e só falou sobre o fato, por ter passado mal. Ficando internado por um período de seis dias impedido de exercer suas atividades rotineiras. A gratuidade do ato de bullying está presente no fato de a vítima não fazer nada para sofrer tais atitudes. Há apenas a necessidade de se auto-afirmar daquele (s) que pratica (m), demonstrando carência de exteriorizar este tipo de poder sobre a vítima.

Atualmente em reportagem na Revista Época, editora Globo – de 09 (nove) de setembro de 2013 (dois mil e treze), fora publicado como capa o fenômeno mais atual de dilemas do cotidiano – o bullying virtual no ambiente de trabalho. Tal reportagem elencou fatos de bullying acontecendo no dia-a-dia do trabalhador por meio virtual com a finalidade de constrangimento, de levar fofocas e vexames a um ambiente público – como, por exemplo, o chefe que fez filmagem da funcionária, no escritório, sem conhecimento da mesma. Compartilhou o vídeo com comentários irônicos, atitude a qual abalou tal funcionária a ponto da mesma trocar de emprego. A mesma reportagem dá ainda dicas de comportamento on-line tanto para as empresas e para os funcionários. Ficando claro que a ausência de uma legislação própria a cerca desse assunto faz com que o mesmo evolua acompanhando assim o mundo moderno. Tudo com a finalidade de atingir a dignidade da pessoa humana.

## 2.6.ALGUMAS DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ATO ILÍCITO:

Obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito. Conforme Código Civil, artigo. 927, a seguir exposto: Artigo 927. “Aquele que, por ato ilícito causar, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” E baseia-se no brocardo romano *neminem laedere* significado o de não prejudicar a ninguém. Não é necessária a existência da culpa, se por ato ilícito implicar em dano a outrem, está passivo de indenizá-lo de qualquer dano material ou moral sofrido.

Em casos de danos materiais há a possibilidade de substituição ou reparação do bem, que fora perdido ou destruído em sua parcialidade ou totalidade. Já nos casos de bens imateriais não há que se falar em restituição desses bens. Por exemplo, em caso de danos morais, essa reparação dar-se-á através de uma indenização, de cunho pecuniário, à vítima que sofreu o dano. Sendo que o quantum indenizatório tem sua relação ao equivalente à perda da vítima. A indagação surge em como liquidar esse quantum.

Da indenização, artigo 944 do Código Civil diz:

“A indenização mede-se pela extensão do dano”. Deve haver proporcionalidade entre o dano causado pelo lesante e o dano moral, sendo recebido pela parte lesada em forma de “compensação” para o lesado. Como mensurar um dano por outrem sofrido? A extensão do dano é algo tão pessoal, que a subjetividade dessa extensão causada pelo dano torna difícil a mensuração do dano. Parágrafo único do artigo 944, CC. “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”.

A reparação cível busca de certa forma, levar a vítima ao status *quo ante*. A reparação de um dano moral é muito subjetiva, de grande dificuldade, já que o prejuízo sofrido pela vítima é imensurável. Assim, a reparação visa amenizar toda a experiência sofrida pelo agredido, servindo ainda como meio de punição para o agente que causou o prejuízo, e, inibindo, assim, que venham a serem cometidos outros atos ilícitos dessa natureza.

A grande dificuldade é para liquidar o valor da indenização por dano moral com o objetivo de que a vítima sinta-se “devidamente” compensada. Primeiramente, devem levar em conta rigorosamente as particularidades do caso concreto, bem como as condições físico-psicológicas daquele que ofendeu e do que fora ofendido, sendo analisada e interpretada nos limites dos parâmetros da razoabilidade.

Deverá ser dado exatamente a cada um, o que é seu, devendo existir uma adequação entre o dano e o quantum indenizatório. Podendo o magistrado fazer a adequação necessária conforme o caso, se houver um excesso na desproporcionalidade na relação dano e a gravidade da culpa.

O Código Civil em seu art. 949 fala sobre a lesão ou outra ofensa à saúde e esclarece que toda despesa do tratamento e dos lucros cessantes estenderão até o fim da convalescença, como podemos observar: Artigo 949. “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o m da convalescença, além de algum outro prejuízo prove haver sofrido.” Se o dano resultar em lesão ou outra ofensa à saúde, o ofendido tem por direito de ser indenizado das despesas com o tratamento (p. ex., remédios,



operações cirúrgico-ortopédicas, consultas médicas...) e dos lucros cessantes (todo montante que deixou de receber por estar impedido de praticar suas atividades, devido à lesão) até o fim da convalescença, e além de pagar por qualquer outro prejuízo que for comprovado.

Em seu artigo 950 do Código Civil, o referido diploma vem tratando da impossibilidade do ofendido em exercer seu ofício ou profissão, bem como da redução em sua capacidade de trabalho, conforme observamos:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização além das despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Se a vítima do bullying/mobbing/assédio moral após todo o seu sofrimento, sua humilhação, adquirir doenças psicossomáticas de difícil tratamento, doenças que às causem uma sensação de inferioridade, de insignificância, de incompetência, a ponto da vítima não conseguir sem tratamento, acompanhamento de especialistas uma reintegração social? Se a parte lesada não conseguir exercer mais seu ofício ou profissão, se lhe houver redução de capacidade de trabalho? A esta vítima é direito à indenização conforme previsto no referido artigo.

Lá em seu artigo 953 do Código Civil preceitua sobre a indenização por injúria, difamação ou calúnia a qual consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Ou seja, fatos que provocarem abalo à honra da vítima, seja ele o de injúria, calúnia e/ou difamação se era por dano moral o pagamento de indenização do ofendido à vítima. O código civil diz ser indenizável todo ato de injúria, calúnia e difamação previstas no código penal brasileiro. Caso a vítima tenha sua dignidade ou decoro atingido por ofensas, as atitudes deverão ser reparáveis através de indenizações. Bem como dizer que alguém praticou um crime que não cometeu ou dizer que cometeu fato que não existiu.

### **2.6.1. Fixação do valor atribuído ao Dano Moral**

O mais importante é a integridade da pessoa humana, a qual deve ser preservada, por esse motivo protege-se o bem jurídico imaterial. O problema é o da mensuração e liquidação do valor a ser atribuído pelo desrespeito aos bens imensuráveis, gerando divergências e debates entre os mais renomados doutrinadores e Tribunais.

#### **Analisar**

Primeiramente, tem que observar e analisar as particularidades de cada caso concreto, atentando-se para não ferir o princípio – proposto no caput do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 - da equidade, visando obter uma decisão bem próxima ao ideal da justiça. São utilizados diversos critérios na avaliação do fato em suas circunstâncias. Por exemplo por quanto tempo a vítima haverá sofrido, que consequências esse sofrimento pode gerar na vida presente e futura da vítima, saber quem é a parte agredida e o agressor, as condições físico-psicológicas das partes.

Os elementos comprobatórios juntados aos autos devem também serem levados em conta como critério a ser avaliado pelo magistrado. As provas devem estar de acordo com as provas permitidas legalmente. Sendo provas documentais, testemunhais e, se necessário, até periciais em consonância com as admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio. São elas: a prova documental, a testemunhal e a perícia. Só após a análise de todos esses critérios e de comprovadas às veracidades do fato que, o julgador aplicando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, virá então a dar uma liquidação monetária ao dano sofrido pela vítima.

A reparação cível teve ter como prioridade a de disciplinar, neste caso o ofensor, imputando a penalidade aquele que cometeu ato ilícito e, conjuntamente agir como reparação ao dano sofrido – amenizando, suavizando as consequências, de ato danoso, à vítima.

## **3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

A pesquisa foi realizada por meio de análise em fatos registrados, julgamentos, jurisprudências, noticiários, bem como o que diz a lei, doutrina e pesquisas sobre o tema.

A pesquisa “exploratória” possui as seguintes características:

Foi feita com participação do Seminário sobre o Bullying, realizada pela Escola do legislativo de Rondônia e grupos responsáveis pelo combate do ‘bullying’ – além da presença da especialista na área, Cléo Fante. Para entender os resultados causados pelo bullying e a posição do magistrado na hora de decidir sobre o caso - e pesquisa bibliográfica, baseando em pesquisas existentes sobre o assunto, para uma melhor abordagem e entendimento sobre o caso.

#### **4 CONCLUSÃO**

Em busca de um maior entendimento a cerca do bullying no trabalho, apresentamos as várias espécies e facetas deste. Observamos como resultado de tal prática, que os danos psicológicos resultantes e suas proporções são algo subjetivo e de certa forma ainda pouco explorado. O conhecimento e entendimento a cerca do assunto, por ser um fenômeno, atualmente, em bastante evidência, nos trouxe clareza quanto à extensão dos efeitos que esta prática causa naqueles que o sofrem, praticam, bem como, para os que testemunham o mesmo. Este artigo passa a esclarecer muito sobre o bullying e como se dar, espécies, como pode ser juridicamente, ‘corrigido’ o dano causado. O quanto é danoso às vítimas. O artigo tem efeito pedagógico, pois ajuda a todos, conhecerem, entenderem, e saberem como agir com relação ao bullying. Foram analisadas as proporções do dano e o posicionamento jurídico dos magistrados na hora de mensurá-los e liquidá-los. Contudo, o artigo não tem o objetivo de exaurir o tema, em razão da complexidade interdisciplinar com a qual deve ser tratado, e importância relevante do assunto.

Assim, esperamos ter contribuído de certa forma para o conhecimento do bullying.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988;

**Código Civil** – Lei nº 10.406/02;

[http://bullynobullying.blogspot.com/2011\\_07\\_01\\_archive.html](http://bullynobullying.blogspot.com/2011_07_01_archive.html);

<http://www.lideraonline.com.br/artigo/50390-novas-formas-velhos-habitos-bullying-e-o-assedio-moral-no-trabalho.html>;

<http://movcontrabullying.blogspot.com/2010/03/definicao-de-bullying.html>;

<http://movcontrabullying.blogspot.com>;

[http://mundalternativo.blogspot.com/2011\\_07\\_19\\_archive.html](http://mundalternativo.blogspot.com/2011_07_19_archive.html);

<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-assedio-moral-no-trabalho>;

<http://www.significados.com.br/bullying/>;

<http://jus.com.br/revista/texto/7767/identificando-o-assedio-moral-no-trabalho>.

Revista ÉPOCA, edição nº 798. São Paulo: GLOBO Editora, 09, setembro, 2013.

## UMA ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO CUCAÚ

**REBECA SOUZA CAVALCANTE DE OLIVEIRA:**  
Acadêmica e Profissional: Bacharela em Direito pela UFPE.

**RESUMO:** O presente trabalho trata-se de um estudo de caso acerca da tentativa de recuperação judicial do Grupo Cucaú. O estudo analisa os motivos que impulsionaram o requerimento de recuperação judicial e as suas consequências para o complexo industrial em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recuperação judicial. Falência. Inovações da Lei nº 11.105/05. Grupo Cucaú.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A recuperação judicial no Brasil. 2.1 Função social da empresa e a decretação da recuperação judicial. 2.2. Os estágios, causas da crise e suas consequências. 2.3. A concessão da recuperação judicial no âmbito da autonomia da vontade dos credores. 3. História do Grupo Cucaú – Origem, evolução e declaração de recuperação judicial. 4. Análise das principais fases do processo de recuperação judicial. 4.1 Petição Inicial. 4.2 Decisão de concessão da recuperação judicial. 4.3 Plano de recuperação judicial. 4.4 Execução dos créditos trabalhistas sob o viés do respeito ao princípio da unidade do juízo falimentar 4.5. As consequências advindas da recuperação judicial conjunta do Grupo Cucaú. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

### 1. Introdução

O trabalho em tela consiste em uma análise de tema referente ao Direito Comercial, mais precisamente, recuperação judicial de empresas. O objetivo do presente estudo persegue um exame prático sobre a motivação de uma empresa para requerer a recuperação judicial e as consequências advindas da sua realização.

Trata-se de um estudo de caso sobre o Grupo Cucaú, um complexo de empresas agroindustriais formado a partir de duas pessoas jurídicas, as

quais são referências no mercado pela produção de álcool e açúcar, quais sejam, Usina Cucaú, localizada em Rio Formoso-PE, e Usina Leão, localizada em Rio Largo-AL.

Cabe destacar que o pedido de recuperação Judicial feito pelo Grupo Cucaú foi feito após o advento da Lei nº 11.101/2005, ou seja, na vigência da atual lei de falências e recuperação de empresas, a qual trouxe para a legislação brasileira um instituto que visa auxiliar as empresas e empreendimentos que estão em situação de dificuldade financeira a superar a crise e a manter a fonte produtora de suas atividades, bem como a sua função social.

Assim, o trabalho em comento será destinado a examinar os diversos aspectos relativos à recuperação judicial do Grupo Cucaú, os meios utilizados para que fossem salgadas suas dívidas e o processo de fuga da morte jurídica advinda da decretação de falência.

Em uma primeira análise, o capítulo inicial fará um breve exame sobre o instituto da recuperação judicial conforme a legislação brasileira. A supracitada lei, que dispõe sobre os processos de recuperação judicial e falência, ainda é considerada uma inovação no direito pátrio, gerando diversas divergências na doutrina e jurisprudência nacionais. Diante de tal cenário, o presente trabalho propõe-se a realizar o estudo sobre os estágios da crise da empresa, bem como as condições em que foi feita a concessão da recuperação judicial no âmbito do princípio da autonomia das vontades dos credores.

Posteriormente, no segundo capítulo, será apresentado um histórico do Grupo Cucaú, explicitando todos os aspectos que tornaram tal empresa tão expressiva no mundo dos agronegócios, bem como os motivos que o fizeram entrar em situação de crise.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo central do tema, ou seja, o desenvolvimento das principais fases do procedimento de recuperação judicial. Inicialmente, será feita uma análise sobre a Petição Inicial, o plano de recuperação judicial, bem como o momento de liquidação das dívidas do Grupo.

O último capítulo se destinará à conclusão do tema e uma retomada de todo o assunto examinado, a fim de demonstrar a conjuntura em que se encontra o complexo de empresas estudado, observando as possíveis falhas e os eventuais sucessos proporcionados pela Recuperação Judicial.

## **2. A Recuperação Judicial no Brasil**

### 2.1 Função social da empresa e a decretação da recuperação judicial

Diante de um contexto de respeito ao cumprimento dos princípios da ordem econômica constitucional, a empresa não possui mais a mentalidade de fim exclusivo pelo lucro, pensamento que vigorou na maior parte do período capitalista. Atualmente, há uma preocupação de que a empresa proporcione à inclusão social do homem, por meio da promoção de empregos formais, a geração de tributos, desenvolvimento da economia regional e nacional, entre outras.

Em outros termos, nota-se que os interesses individuais passam a se equilibrar com os interesses sociais, e a empresa passa a desempenhar um papel bastante significativo no plano do desenvolvimento econômico e social, uma vez que sua função social está diretamente relacionada a geração de riquezas, empregos e dividendos para o Estado.

A sujeição da empresa ao princípio da função social pode ser claramente percebida a partir da análise do art. 170 e incisos da Constituição Federal, bem como do art. 116, parágrafo único da Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/76. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Nesse contexto, o princípio da função social da empresa é aplicado na Recuperação Judicial de empresas na medida em que teve grande influência na substituição da Concordata pela recuperação da empresa,



criando um novo direito falimentar. Isto é, o princípio mencionado foi responsável pela formulação de meios que possibilitassem a manutenção da atividade empresária frente a essencial importância que esta exerce na sociedade moderna.

Desse modo, para atender os anseios por uma maior sintonia com a concepção da função social da empresa, foi criada a Lei 11.101/2005, na qual está estampado o princípio da preservação da empresa. Percebe-se, pois, que a recuperação judicial consiste em uma evolução da antiga concordata judicial, a qual era tida como um mecanismo para estender os prazos de adimplemento das dívidas ou remissão parcial de alguns créditos quirografários da empresa. A recuperação judicial, por sua vez, busca a manutenção da empresa exaustivamente, uma vez que a sua extinção aparece como mecanismo judicial aplicado em última hipótese.

Observa-se, portanto, que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências não só atualizou a lei falimentar, como também teve o intuito de desacelerar a elevação do nível de desemprego, introduzindo medidas como venda dos bens do devedor independente da verificação dos créditos e das investigações de crime falimentar.

Assim, a nova lei de falências veio com o intuito de propiciar um ambiente de negociação, no qual seriam equilibrados os anseios do devedor e credor, buscando também uma operacionalização da função social da empresa para que esta permita a continuidade das atividades empresárias.

## 2.2. Os estágios, causas da crise e suas consequências

A crise de uma empresa está interligada a vários fatores, os quais podem ser relativos às situações internas ou até mesmo provenientes de causas externas, até mesmo supranacionais.

Ressalta-se que os três tipos de crise enfrentadas pelas sociedades empresárias são: a) crise econômica; b) crise financeira; e c) crise patrimonial. Sabe-se que a empresa pode ser atingida por mais de um tipo de crise, tendo em vista que a crise empresarial resulta de inúmeros e complexos fatores.

O primeiro tipo consiste em uma queda das atividades e o consequente déficit em seus ativos. A crise financeira, por sua vez, possui ligação direta com a iliquidez empresarial, ou seja, estágio em que a empresa passa a ter dificuldades em honrar seus compromissos tempestivamente. Finalmente, a crise patrimonial consiste nas hipóteses em que é decretada a insolvência, uma vez que os ativos empresariais são insuficientes para saldar os passivos. Vale frisar que o conceito de insolvência aqui utilizado não é meramente patrimonial, mas principalmente jurídico, veja-se o entendimento de Fábio Ulhôa Coelho<sup>[1]</sup> sobre o tema:

Para fins de instauração da execução por falência, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas sim pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei. Ou seja, se o empresário for injustificadamente impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I), incorrer em execução frustrada (art. 94, II) ou se praticar um ato de falência (LF, art. 94, III). Se restar caracterizado a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que o empresário tenha o seu ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência; ao revés, se não ficar demonstrada uma ou outra hipótese, não será instaurada a falência ainda que o passivo do devedor seja superior ao seu ativo. A insolvência que a lei considera como pressuposto da execução por falência é, meramente, presumida. Os comportamentos discriminados pelo art. 94 da LF são, geralmente, praticados por quem se encontra em insolvência, e esta é a presunção legal que orienta a matéria."

Além disso, observa-se que também existem três grandes grupos de causas que podem levar uma empresa à crise, quais sejam: I) causas externas, II) causas internas; III) causas acidentais. As primeiras são aquelas relacionadas ao ambiente no qual a empresa está inserida, isto é, problemas na economia geral e suas inter-relações. As causas internas referem-se à estrutura social ou física de uma empresa, como exemplo, traz-

se a corrupção dentro da própria sociedade empresária, a existência de equipamentos deficiências, entre outros. Para finalizar, as causas acidentais são aquelas diretamente ligadas a casos fortuitos ou de força maior.

As consequências da crise empresária são, na maioria das vezes, a demissão em massa de empregados (em busca da diminuição dos encargos financeiros) e a diminuição da margem de lucros.

### 2.3 A concessão da recuperação judicial no âmbito da autonomia da vontade dos credores

De início, destaca-se que nem toda empresa deve ser recuperada. Isso ocorre porque o custo para a reorganização das atividades econômicas de uma sociedade empresária em crise é muito alto e, em última instância, acaba sendo a sociedade brasileira como um todo quem arca com a recuperação de uma empresa em crise. Desse modo, o Judiciário acaba sendo mais criterioso na definição das empresas que merecem ser recuperadas, pois é necessário que o empresário possa demonstrar que tem condições de devolver à sociedade brasileira, na hipótese de se efetivar a recuperação, todos os sacrifícios utilizados para salvá-la.

Ademais, a recuperação judicial, além de beneficiar a empresa em crise, também não pode prejudicar em grandes proporções os seus credores. Ou seja, deve haver um plano de recuperação judicial que traga benefícios para a empresa devedora, mas que, ao mesmo tempo, não traga prejuízo aos seus credores. Diante desse contexto, a Lei nº 11.101/2005 traz destaque ao princípio da autonomia da vontade dos credores para a aprovação do projeto de recuperação. É o que dispõe o art. 58, veja-se:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

Ora, a autonomia da vontade é tida como regra, sendo à análise judicial reservada apenas a aspectos pontuais. Isso pode ser percebido pela redação do próprio artigo acima citado, sendo permitido ao magistrado apenas a aprovação do plano de recuperação judicial quando antes já reconhecido pelo credor ou assembleia geral de credores. Nos seus parágrafos, no entanto, há ressalvas em situações pontuais nas quais o juiz poderá aprovar o projeto de recuperação mesmo sem o quórum mínimo exigido, desde que não haja requisitos prévios.

Assim, compete à assembleia de credores a aprovação do plano de recuperação apresentado pelo credor, via de regra. Inclusive, querendo o credor perdoar a dívida, isso é possível, uma vez que se trata de direito disponível.

Tal entendimento ocasionou na edição do enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal. Veja-se:

46 - Não compete ao Juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Desse modo, nota-se que o princípio da autonomia da vontade dos credores é a regra diante da aprovação do plano de recuperação judicial. Ora, compete ao Judiciário intervir apenas nas hipóteses de incontroverso desrespeito à legalidade.

### **3. História do Grupo Cucaú - Origem, evolução e declaração de recuperação judicial**

O Grupo Cucaú é composto por duas usinas de açúcar e álcool, a Usina Cucaú, assentada no Município de Rio Formoso/PE e a Usina Leão, estabelecida no Município de Rio Largo/AL, assim como cerca de 51.878 hectares de plantação de cana-de-açúcar fixados em inúmeras cidades dos estados de Pernambuco e Alagoas.

Inicialmente, destaca-se que a Usina Cucaú foi fundada no ano de 1895, representando há 121 anos a indústria do açúcar da zona da mata sul

pernambucana. Sabe-se que a Usina Cucaú é dividida em três sociedades empresárias, quais sejam: a) *Zihuatanejo* do Brasil Açúcar e Álcool S.A., a qual está diretamente relacionada às atividades de produção agrícola e industrial de açúcar e álcool; b) Companhia Geral de Melhoramentos de Pernambuco, sendo esta a proprietária de todo o parque industrial, bem como dos mais de 10.528 hectares de terras utilizadas na produção açucareira; e c) Kelbe Participações Ltda., a qual concentra cerca de 18.043 hectares de terras produtivas destinados à plantação de cana-de-açúcar em Pernambuco.

A empresa passou por uma fase de expansão que teve início em 1944, ano em que o controle acionário foi adquirido por Armando de Queiroz Monteiro. Nesse período, a antiga usina foi transformada por meio da modernização e agregação de outras usinas, tais como a Tinoco, Aipibú e Laranjeiras.<sup>[2]</sup>

Apenas posteriormente, no ano de 2009, a Usina Leão, embora também seja uma empresa centenária, passou a integrar o Grupo Cucaú com a aquisição do controle de sua estrutura societária pela Kelbe Participações Ltda.

Contudo, não obstante a solidez do Grupo Cucaú, sabe-se que diversas causas relevantes ocasionaram uma crise econômico-financeira na empresa, tais como: 1) uma das secas mais severas dos últimos anos; 2) baixo preço do açúcar no mercado internacional; 3) congelamento de preço de combustíveis; e 4) retração do mercado financeiro e elevada despesas financeiras para o custeio da produção.

Ora, consoante dados apresentados na Petição Inicial da Recuperação Judicial, as usinas em comento produziram, ao final da safra de 2011/2012, cerca de 215.113 toneladas de açúcar e 64.299 m<sup>3</sup> de álcool. Já durante a safra 2012/2013, apenas houve uma produção de 191.402 toneladas de açúcar e 46.350m<sup>3</sup> de álcool. Esses dados denotam uma queda significativa nas atividades do Grupo Cucaú.

Vale salientar que as atividades do grupo são geradoras de aproximadamente 8.000 empregos durante a época de safra, distribuídos

pelos estados de Pernambuco e Alagoas. Conseqüentemente, a crise que acometeu a empresa trouxe uma série de desempregos, sendo, antes de mais nada, de interesse social a tentativa de Recuperação Judicial do Grupo Cucaú.

Nesse contexto, como uma tentativa de obter a manutenção de suas atividades, bem como de se restabelecer no mercado nacional e internacional, o Grupo Cucaú ajuizou seu pedido de Recuperação Judicial em outubro de 2013.

#### **4. Análise das principais fases do processo de recuperação judicial**

##### 4.1 Petição Inicial

A Petição Inicial é o meio pelo qual se inicia o processo jurídico, levando ao conhecimento do Juiz os fatos constitutivos do direito, os fundamentos jurídicos e o pedido. Não seria diferente no procedimento da Recuperação Judicial. Contudo, além de serem observadas as regras dispostas no Código de Processo Civil, a peça inicial da recuperação judicial deverá ser instruída, de acordo com o art. 51 da Lei nº 11.101/2005, com:

Art. 51. 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.

Após uma passagem inicial sobre os requisitos da Petição Inicial no processo de recuperação judicial, cabe analisar a competência para o julgamento de tal demanda. A Lei nº 11.101/2005, dispõe em seu art. 3º que o Juízo competente para a homologação do projeto de recuperação extrajudicial, deferimento da recuperação judicial ou decretação de falência é aquele que se encontra no local do principal estabelecimento do devedor, *in verbis*:

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Conforme entendimento de Sérgio Campinho<sup>[3]</sup>:

(...) para a falência ou para a recuperação, a visão do domicílio convencional, contratual ou estatutário cede em favor da do domicílio real. Com efeito, se assim não o fosse, não precisaria a lei fazer uso da expressão “principal estabelecimento”, bastando referir-se à sede do negócio. O conceito de principal estabelecimento não se confunde, pois, com o de sede, que é o domicílio do empresário individual eleito e declarado perante o Registro Público de Empresas Mercantis no ato do requerimento de sua inscrição ou o da sociedade empresária, declinado em seu contrato social ou estatuto no mesmo Registro arquivado. Consiste ele na sede administrativa, ou seja, o ponto central de negócios do empresário no qual são realizadas as operações comerciais e financeiras de maior vulto ou intensidade, traduzindo o centro



nervoso de suas principais atividades. Nas palavras de Amaury Campinho, consiste no "lugar onde o empresário centraliza todas as suas atividades, irradia todas as ordens, onde mantém a organização e administração da empresa. Não é necessário que seja o de melhor ornamentação, o de mais luxo, ou o local onde o empresário faça maior propaganda. O que importa, em última análise, é ser o local de onde governa sua empresa."

Com efeito, a petição inicial oferecida pelo Grupo Cucaú contém o endereçamento à 25ª Vara Cível da Comarca da Capital. Isso porque o principal estabelecimento do complexo de usinas se confunde com o local da sede da Usina Cucaú, qual seja, cidade de Recife/PE, localidade na qual é exercido o funcionamento das diretorias geral, administrativa, comercial, financeira, de controladoria e de assuntos corporativos.

Nesses termos, percebe-se que o endereçamento está em conformidade com os ditames legais da recuperação judicial.

Outrossim, salienta-se que já havia um requerimento prévio de falência, apresentado nos autos do processo nº 0015159-20.2009.8.17.0001, fixando de maneira absoluta a competência do Juízo da 25ª Vara Cível da Comarca de Recife/PE, como dispõe o art. 6º, § 8º da Lei nº 11.101/2005:

Art. 6º 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.

(...)

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer

outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

Em seguida, a Petição Inicial trouxe discriminadamente os fatos que desencadearam a crise econômico-financeira do Grupo Cucaú. Explica-se que houve um conjunto de fatores responsáveis pelo acontecimento da crise, sendo estes especialmente influenciados por motivos alheios ao controle administrativo da empresa.

No caso em tela, pelos motivos já expostos (grande seca que atingiu a região, baixa do preço do açúcar no mercado internacional, elevados custos financeiros e congelamento do preço dos combustíveis) ocasionaram uma grande queda na produção e faturamento da sociedade empresária. Assim, houve uma corrosão do capital próprio devido ao acúmulo das dívidas e a dificuldade de obtenção de crédito.

No entanto, muito embora a petição inicial relate inúmeras dificuldades enfrentadas pelo Grupo Cucaú, esta também demonstra maneiras de garantir a viabilidade de sua recuperação. Destacam-se os aspectos geográficos onde são localizadas as usinas, uma vez que são extremamente propícios à atividade agrícola, bem como a viabilidade econômica do plano de recuperação judicial.

A peça exordial ainda apresentou os motivos pelos quais a recuperação judicial é urgente para o Grupo Cucaú. Alega-se que, como os credores estão aflitos para receberem seus créditos, acabam por apresentarem medidas judiciais que acabam por dificultar o restabelecimento das atividades da empresa. Prova disso foi a execução promovida pelo Banco Safra, a qual apreendeu aproximadamente onze caminhões, sete veículos utilitários e quarenta e quatro reboques para carregamento de cana-de-açúcar, prejudicando bastante o funcionamento das usinas.

Percebe-se, pois, que foram cumpridos todas os requisitos exigidos para o processamento da Petição Inicial.

#### 4.2 Decisão concedendo a recuperação judicial

Após ocorrência da aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia de credores, bem como análise sobre a viabilidade da manutenção das atividades empresariais do Grupo Cucaú, foi proferida decisão interlocutória pelo Des. Candido José da Fonte Saraiva de Moraes, no Agravo de Instrumento nº 0011370-74.2013.8.17.0000 (318448-1), deferindo o processamento da recuperação judicial do Grupo Cucaú, sendo nomeado como Administrador Judicial o Sr. José Luiz Lindoso da Silva, por decisão da Exma. Juíza Substituta Dra. Margarida Amélia Bento Barros.

Tal decisão esclareceu que a empresa recuperanda atendia aos objetivos expressos no art. 47[4] da Lei nº 11.101/2005, uma vez que tinha o intuito de manter a sua fonte produtora, o emprego de inúmeros trabalhadores e os interesses dos credores, visando a preservação da empresa, da sua função social e a competitividade econômica.

No tocante aos requisitos elencados pelo art. 48[5] da mencionada legislação, o juiz de direito afirma estarem todos presentes. Isso porque, conforme documentos acostados aos autos, a empresa exerce suas atividades há mais de 2 (dois) anos, inexistente declaração de falência, há ausência de recuperação judicial concedida em menos de 5 (cinco) anos ou a menos de 8 (oito) anos com base no plano especial, bem como ausência de condenação do administrador ou sócio controlador por crimes tipificados na Lei nº 11.101/2005.

Ou seja, foram cumpridos todos os requisitos formais para a procedência do pedido, vez que este estava em conformidade com os arts. 48 e 51 da Lei de Recuperações e Falências.

Por fim, destaca-se que a decisão supracitada elencou a relação nominal de todos os credores, em um total de 9.975, a nomeação dos administradores responsáveis pela empresa recuperanda e a exigência de que o plano de recuperação fosse apresentado pelo Grupo Cucaú em 60 (sessenta dias).

#### 4.3 Plano de recuperação

Em 16 de dezembro de 2013, foi apresentado pelo Grupo Cucaú, conforme disposto no art. 53[6] da Lei de Recuperações e Falência, descrevendo os meios de recuperação e prevendo o pagamento de todos os credores, baseando-se na lista anteriormente apresentada.

O objetivo do plano de recuperação judicial consiste em permitir que a empresa recuperanda supere a crise econômico-financeira, atendendo ao interesse dos credores, bem como a sua função social. Para isso, utiliza-se de um cronograma de pagamentos, estabelecendo a fonte dos recursos utilizados para tanto. Ora, nas hipóteses em que há viabilidade econômico-financeira, a manutenção das atividades e recuperação da sociedade empresária é uma medida muito mais vantajosa, não só para os credores, como para a sociedade como um todo.

No caso em tela, o plano de recuperação proposto assegurava aos credores um fluxo de pagamento ordenado, no qual havia maior transparência e rapidez no recebimento dos créditos.

Com efeito, o plano de recuperação trouxe uma série de medidas sólidas para o resgate econômico da empresa. Dentre elas, cita-se a busca por linhas de créditos inéditas, desde que mais adequadas; interesse por maiores investimentos em adubação e renovação do canavial para que haja um conseqüente aumento na produtividade e nas vendas; um projeto de diminuição dos custos com funcionários e despesas fixas; e propostas para renegociação dos créditos não sujeitos às conseqüências das recuperações judiciais.

No tocante aos meios que serão utilizados para a superação da crise, obedecendo ao comando normativo constante no art. 50[7] da Lei nº 11.101/2005, o plano de recuperação do Grupo Cucaú apresentou as seguintes alternativas (fl. 21 do Plano de Recuperação Judicial):

I. Concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II. Equalização de encargos financeiros relativos aos débitos de qualquer natureza;

III. Novação de dívidas do passivo sem constituição de novas garantias;

IV. Venda parcial e/ou arrendamento de bens;

V. Dação em pagamento;

VI. Cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, alteração de controle societário, alteração de objeto social e aumento de capital social;

VII. Constituição de Sociedade de Propósito Específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos.

O Grupo recuperando atesta que serão disponibilizados ativos distintos para o pagamento dos credores. Além da alienação de imóveis, dação em pagamento de imóveis, também haverá recursos provenientes de precatório e de direitos creditórios junto à União Federal, os quais foram obtidos por meio de indenização transitada em julgado e provenientes da geração futura de recursos. Assim, serão disponibilizados ativos distintos para o pagamento dos credores, gerando maior tranquilidade aos mesmos.

O plano de recuperação judicial traz proposta discriminada de pagamento aos credores. De início, dedica-se à explicação de como será feito o pagamento aos credores trabalhistas, os quais serão pagos consoante art. 54[8] da Lei nº 11.101/2005, de modo que estes serão adimplidos até o décimo segundo mês após a data de homologação do plano. Posteriormente, há uma proposta de pagamento aos credores com garantia real, nas quais serão utilizados parte dos recursos do precatório. Aos credores quirografários, o Grupo Cucaú propõe o pagamento de cerca de 40% do crédito por meio da alienação de imóveis disponíveis. Com a finalidade de sanar o passivo tributário, o plano de recuperação propõe o pagamento das parcelas vincendas do REFIS ano a ano com os recursos advindos do precatório devido entre 2014 e 2018.

A primeira convocação da Assembleia Geral de Credores, com o intuito de obter a aprovação do Plano de Recuperação Judicial ocorreu em 10 de julho de 2014, ocasião na qual o Administrador Judicial declarou a aprovação de tal planejamento, fundamentando-se no art. 45<sup>[9]</sup> da Lei de Recuperações e Falência.

#### 4.4 Execução dos créditos trabalhistas sob o viés do respeito ao princípio da unidade do juízo falimentar

Em última análise, cabe examinar as consequências advindas da aprovação do Plano de Recuperação Judicial no âmbito da execução dos créditos trabalhistas.

De antemão, é necessário expor alguns preceitos sobre o princípio da unidade do juízo falimentar.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior<sup>[10]</sup>:

Diz-se indivisível o juízo da falência porque ele atrai todas as ações e questões atinentes aos bens, interesses e negócio da falida. Todas juntas formam o procedimento falimentar. Diz-se ser o juízo universal porque para ele concorrem todos os credores do devedor, civis e comerciais (...)

Em outros termos, trata-se da competência do juízo da falência/recuperação judicial para todas as reclamações sobre bens ou negócios do devedor, conforme previsto no art. 76<sup>[11]</sup> da Lei nº 11.101/2005. Tal princípio pode ser caracterizado pela absorção de todos os processos em relação ao crédito que pretende ser obtido pelos credores.

Ressalta-se que, embora o autor apenas se refira apenas ao instituto falimentar, o entendimento da jurisprudência pátria é o de que o princípio da unidade do juízo também se aplica às hipóteses de recuperação judicial, como uma tentativa de evitar uma variação por parte do judiciário e garantir maior celeridade no procedimento de recebimento dos créditos.

Comentando tal princípio, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega reforça o entendimento de que “no juízo falimentar se processam concurso creditório, arrecadação dos bens do falido, habilitação de créditos, pedidos de restituição e demais ações, reclamações e negócios de interesse da massa.”<sup>[12]</sup>

Ocorre que, diante da especialização do juízo trabalhista, as reclamações trabalhistas não se submeterão ao juízo universal da falência/recuperação judicial. Destaca-se, contudo, que a discussão sobre créditos derivados de relação trabalhista serão desdobrados da seguinte forma: I) esgotamento cognitivo da competência trabalhista; e II) execução perante o juízo universal da falência/recuperação judicial.<sup>[13]</sup>

#### 4.5. As consequências advindas da recuperação judicial conjunta do Grupo Cucaú

Diante de todo o exposto, é de se notar que a recuperação judicial conjunta do Grupo Cucaú trouxe em seu bojo meios suficientemente viáveis para a concretização de tal instituto.

Ora, o plano de recuperação apresentado foi bastante detalhado, demonstrando a viabilidade necessária para a concessão da recuperação judicial, tendo em vista que o projeto desenvolvido possui métodos de eficácia comprovada empiricamente, tais como, a alieação de bens e repasse de precatórios para o pagamento das dívidas.

Até a presente data, não há informações sobre o resultado do plano, situação que gera a presunção de que o plano de recuperação judicial está sendo operacionalizado pelo Grupo Cucaú.

No entanto, não há muitas dúvidas sobre o sucesso do plano de recuperação judicial do grupo em estudo, uma vez que, no mínimo, serão criados novos postos de empregos, débitos fiscais serão adimplidos, e, portanto, convertidos para a população.

## **5. Conclusão**

Como alhures mencionado, o intuito primordial desse estudo de caso foi analisar o procedimento de recuperação judicial do Grupo Cucaú, fundamentando-se nos ditames da Lei nº 11.101/2005, a denominada Lei de Recuperação e Falências.

Diante de todo o exposto, observa-se que a recuperação judicial ora examinada possuía um caráter bastante complexo, mas de acordo com as diretrizes do procedimento, gerou-se uma presunção de êxito. Ora, o plano de recuperação judicial foi bastante detalhado, explanando meios de adimplir as dívidas do Grupo Cucaú, bem como manter suas atividades, evitando a sua morte jurídica por meio da falência.

De fato, o procedimento de recuperação judicial do Grupo Cucaú comprova que tal instituto, advindo das inovações da Lei nº 11.101/2005, é bastante eficaz e tem o condão de colaborar com toda a sociedade no momento em que retira da crise econômico-financeira as empresas requerentes.

## 6. Referências

BARBOSA, Gladisson. **Usinas de Pernambuco**. Disponível em:

BRASIL, Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa, o novo regime de insolvência empresarial**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renoar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 28ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DE MORAES, Cristina Herdy. **Juízo Competente em Sede de Falência e Recuperação**. Disponível em:  
<http://www.saladedireito.com.br/2011/08/juizo-competente-em-sede-de-falencia-e.html>



NERY, Nelson Junior. “**Nota ao art. 7º da Lei de Falência (DL 7.661/45)**”. **Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Comentários aos artigos 70 ao 82. DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto - Coordenadores. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOTAS:

[1]COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 277.

[2]BARBOSA, Gladisson. **Usinas de Pernambuco**. Disponível em: Acesso em: 14.dez.2016

[3] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa, o novo regime de insolvência empresarial**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renoar, 2006. p 32

[4] Art. 47 “Art. 47. 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.” **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[5] Art. 48 “Art. 48. 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 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; 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.” **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[6] Art. 53 “Art. 53. 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. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei”. **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[7] Art. 50, “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.” **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[8] Art. 54, “Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial”. **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[9] Art. 45, “ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta”. **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[10] NERY, Nelson Junior. “**Nota ao art. 7º da Lei de Falência (DL 7.661/45)**”. **Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 975.

[11] Art. 76, “ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no **caput** deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”. **BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)> Acesso em: 03/fev./2018.

[12] TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Comentários aos artigos 70 ao 82. DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto - Coordenadores. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.342.

[13] DE MORAES, Cristina Herdy. **Juízo Competente em Sede de Falência e Recuperação**. Disponível em: Acesso em: 14/dez./2016

## **A JUNÇÃO DOS HOTEIS-CASSINO À POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA: JURIDICIDADE DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 595/2015 SOB O PRISMA DO DIREITO AMBIENTAL**

**OLAVO MOURA TRAVASSOS DE MEDEIROS:** Advogado da União atuante na Coordenação-Geral de Matéria Finalística da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente - CONJUR/MMA. "Advogado Referência em Licenciamento Ambiental e Legislação Florestal". Ex-Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos da CONJUR/MMA. Membro do Núcleo Especializado Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União - NESLIC/CGU/AGU. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito Administrativo. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Civil da Faculdade Asper/PB. Ex-Assessor de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ex-Técnico Judiciário/Área Judiciária do TJPB; Ex-sócio do Escritório de Advocacia - Cleanto Gomes & Advogados Associados (João Pessoa/Paraíba)

**Resumo:** O presente artigo tem por problemática aferir a juridicidade do Projeto de Lei do Senado nº 595/2015, que "Dispõe sobre a proteção ambiental e a promoção do ecoturismo em Unidades de Conservação através da gestão compartilhada com hotéis-cassino autorizados à exploração de jogos de apostas, cria Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a operação de hotéis-cassino (Cide Verde), altera o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, e as Leis nºs 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 11.516, de 28 de agosto de 2007." sob o prisma do Direito Ambiental, na medida em que a aludida proposta legislativa tornou-se tema candente. Nesta senda, este estudo intenta contribuir para o debate da questão, a fim de que a figura turística dos hotéis-cassino possa ser bem utilizada em prol da proteção, defesa e conservação do meio ambiente, assim como em favor do recebimento de receitas para o financiamento da política pública ambiental de unidades de conservação. Lado outro, pelo tema envolver a questão dos "jogos", descortinar este regime jurídico à luz da Constituição Verde de 1988 é a hipótese-chave a ser considerada para a resolução do busílis ambiental.

**Palavras-Chaves:** Projeto de Lei do Senado nº 595/2015 e a figura dos hotéis-cassino. Direito Ambiental. Controle de Juridicidade. Matéria inserida na discricionariedade legislativa. Atividade econômica com riscos conhecidos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

## 1. Introdução

Apresentado no Protocolo do Senado Federal em 09/09/2015, o Projeto de Lei do Senado nº 595/2015 “Dispõe sobre a proteção ambiental e a promoção do ecoturismo em Unidades de Conservação através da gestão compartilhada com hotéis-cassino autorizados à exploração de jogos de apostas, cria Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a operação de hotéis-cassino (Cide Verde), altera o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, e as Leis nºs 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 11.516, de 28 de agosto de 2007.” [1]. Em síntese, a *mens legislatoris* é normar a questão dos hotéis-cassino e jungi-lo à defesa, conservação e preservação do meio ambiente, sobretudo vertendo uma parte das receitas angariadas com os jogos ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, por meio de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico Verde – CIDE-Verde. Eis a justificação da proposta legislativa, *textus*[2]:

O presente projeto tem por objetivo promover a efetiva proteção de biodiversidade in situ através da promoção do ecoturismo. Para tanto, o projeto busca agregar valor turístico a alguns tipos de Unidades de Conservação por meio da cogestão dessas áreas de proteção por operadores de hotéis-cassino.

A criação de espaços territoriais especialmente protegidos, que incluem as Unidades de Conservação, em geral é apontada pela comunidade científica como uma das melhores estratégias para a conservação de biodiversidade. A perda em massa de espécies

animais e vegetais vem se agravando em decorrência da crescente pressão exercida sobre os ambientes naturais pelas atividades humanas.

Desde o ano 2000, o Brasil dispõe da Lei nº 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), um verdadeiro marco jurídico voltado à criação desses espaços protegidos sob domínio público. Entretanto, embora muito eficaz para a criação de Unidades de Conservação, a Lei 9.985 não tem conseguido a mesma eficácia na proteção ambiental em decorrência das dificuldades de implementação dos espaços criados.

O Brasil tem hoje cerca de 312 Unidades de Conservação Federais que ocupam 75 milhões de hectares. Dessa área, cerca de 10 milhões de hectares são imóveis rurais privados que precisarão ser desapropriados para a efetiva implantação da Unidade de Conservação. A regularização desse passivo, que é apenas uma parte do custo da proteção da biodiversidade in situ, gira em torno de R\$12 bilhões. Ainda que o órgão do Executivo responsável pelas Unidades de Conservação aplicasse 100% do seu orçamento médio anual, considerando o orçamento dos últimos quatro anos destinado ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), seriam necessários 24,4 anos para a regularização fundiária das Unidades de Conservação já existentes.

Por outro lado, apesar de permitida a visitação em muitas unidades de conservação nacionais, a falta de infraestrutura para o turismo faz com que o potencial turístico de muitas regiões, principalmente no Norte, seja subexplorado. A construção de hotéis-cassino, obrigatoriamente em áreas próximas às unidades de conservação, forneceria espaço necessário para acomodação de turistas e intensificaria seu contato

com a biodiversidade presente na unidade de conservação. Evidente que no ato de implantação do empreendimento, durante o licenciamento ambiental, o órgão competente determinará as condições ambientais a serem respeitadas, considerando-se o plano de manejo da unidade, de modo a minimizar os eventuais impactos ambientais negativos que a construção de hotéiscassino poderia causar à unidade de conservação.

O projeto prevê que as autorizações para operações de hotéiscassinos sejam dadas a empreendimentos situados nas proximidades das Unidades de Conservação a eles vinculados. Essa restrição tem, basicamente, três razões. A primeira, diz respeito à intenção inerente ao projeto de agregar valor turístico à área de proteção ambiental. Por esse motivo, o texto também limita as autorizações vinculadas a unidades de conservação nas quais a visitação turística seja legalmente possível. Dessa forma, uma das motivações do projeto é usar a exploração de jogos de apostas como forma de alavancar a atividade do ecoturismo, induzindo e fomentando o conhecimento da biodiversidade contida e protegida nas Unidades de Conservação.

Por outro lado, a proximidade dos empreendimentos com as UCs tem a intenção de estimular e facilitar a gestão privada das unidades pelos operadores dos hotéis-cassino, deixando ao agente público ligado ao órgão gestor do Sistema Nacional de Unidades de Conservação a obrigação de fiscalizar a execução do Plano de Recuperação e Preservação Ambiental da unidade de conservação previsto no Artigo 5º do Projeto de Lei.

Por fim, o estabelecimento dos hotéis-cassino nas proximidades das áreas protegidas tem também o

objetivo de desestimular a prática de jogos de apostas pela parcela de menor renda da sociedade brasileira. É mister que a maior parte dos consumidores de novo serviço venha do turismo internacional de média e alta renda ou do turismo nacional de alta renda. Além da proteção social que se tenta ao afastar os hotéis-cassino dos centros urbanos, tenta-se também capturar uma parte da renda do estrato superior da pirâmide social para usar na proteção da biodiversidade nacional in situ. Implícito no projeto está a tentativa de construção de um esquema indireto de pagamento por serviços ambientais, uma vez que a proteção florestal, que gera serviços ambientais a toda a sociedade global, teriam de alguma forma a proteção através das unidade de conservação, remunerada pela renda capturada de parte dessa sociedade global através das autorizações para operação de jogos de apostas.

A autorização para operação de hotéis-cassino no território nacional vinculada à implementação, proteção e gestão de Unidades de Conservação representa a criação de uma nova econômica. Se bem utilizada pelo poder público, essa ferramenta poderá, em determinadas regiões da Amazônia, substituir a econômica de fronteira, cujo motor é o avanço sobre a floresta, por uma nova economia sustentável baseada na proteção florestal. O projeto pode resultar na indução de novos investimentos, criação de novos empregos e elevação na renda vinculada à atividades de proteção do meio ambiente.

Além disso, o projeto também cria a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a operação de hotéis-cassino em todo o território nacional (Cide Verde). O texto propõe uma nova contribuição com alíquota de 18% incidente sobre a diferença entre o montante total apostado nos hotéis-



cassino e o valor pago em prêmios no exercício da atividade. Além de proporcionar um acréscimo na arrecadação da União sem onerar os setores econômicos já existentes, uma vez que cria uma nova atividade, o texto direciona os recursos arrecadados por meio da Cide Verde para o pagamento de arranjos de pagamento por serviços ambientais a serem definidos em regulamento.

O jogo e a aposta são hábitos que estão consolidados na cultura do povo brasileiro, manifestados por meio dos jogos em casas lotéricas e por outros jogos considerados atualmente ilegais, como o do bicho. Jogar apostado é conduta que possui baixa reprovabilidade social no País. Embora o jogo de apostas esteja tipificado como contravenção penal, entendemos que a sua legalização poderia ser um caminho para fomentar a exploração sustentável do patrimônio ambiental e turístico brasileiro.

Quanto maior o conhecimento do patrimônio ambiental brasileiro, maior será o interesse dos cidadãos em sua preservação. Por isso, é premente que a sociedade e os turistas estejam em contato com as unidades de conservação em que seja admitida a visitação pública. Ao mesmo tempo, é necessária a manutenção da devida distância entre os aglomerados populacionais e as unidades de conservação em que não é permitida a visitação para fins de ecoturismo, como nas Estações Ecológicas e nas Reservas Biológicas. Sob essa preocupação, a proposição exclui a possibilidade de implantação de hotéis-cassino nas proximidades dessas áreas protegidas.

Convictos da relevância desta proposição para o desenvolvimento do ecoturismo e para a preservação ambiental no País, solicitamos o apoio dos nobres senadores e senadoras para a sua aprovação.

Por envolver a temática dos “jogos de azar”, a mídia tem acompanhado a tramitação do PLS e, invariavelmente, o Poder Executivo Federal foi concitado a manifestar-se, como sói a ocorrer com todos os Projetos de Leis que correm no Parlamento Nacional. O caso, portanto, tramita no âmbito do Ministério do Meio Ambiente no Processo Administrativo Eletrônico (NUP) nº 02000.001653/2015-26 e no Processo Administrativo (físico) nº 02000.001653/2015-26.

Em que pese a possibilidade do PLS, caso aprovado, carrear recursos à política ambiental brasileira de unidades de conservação, a questão técnico-ambiental não pode ser desconsiderada e é neste contexto, posto que principal óbice, que se passa a abordar cada qual dos pontos referidos e necessários para o correto deslinde da questão controvertida.

## **2. Desenvolvimento**

O PLS em disceptação pretende jungir a figura dos "hotéis-cassino" ao contexto da política ambiental de unidades de conservação. Para tanto, norma minudentemente inúmeros aspectos desta idealizada conjugação, prevendo: a) os objetivos e diretrizes da autorização para exploração de jogos apostados (art. 1º); b) a permissão para a gestão compartilhada de UCs que admitam a visita pública por pessoas jurídicas interessadas na exploração de jogos de apostas em hotéis-cassino, mediante autorização do respectivo órgão executor do SNUC (art. 2º); c) a definição de hotel-cassino (art. 2º, §§1º e 2º); d) a vedação da instalação de hotéis-cassino nas proximidades de UCs das categorias Estação Ecológica e Reserva Biológica (art. 3º); e) a autorização para operação de jogos de apostas por meio de Hotel-cassino, através de "chamada, anúncio público ou processo seletivo", bem como a disciplina dos pormenores deste ato (arts. 4º a 7º); f) os aspectos proibitivos para a exploração de jogos de apostas em hotéis-cassino (arts. 8º a 12); g) o dever de regulamentação da lei pelo Poder Executivo (art. 13); h) medidas sancionatórias àqueles que descumprirem a lei (art. 14); i) a instituição de uma Cide Verde incidente sobre a operação de hotéis-cassino em todo o território nacional, com base no art. 149 da CRFB/88; j) alteração do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, e das Leis nºs 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 11.516, de 28 de agosto de 2007.

Por ser fundamento de validade de todo o sistema, a ideia de que a Constituição deve ser juridicamente garantida está intrinsecamente relacionada ao enrijecimento do sistema de controle de atos que, com ela forem incompatíveis. Eis o entendimento pacífico de que não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, que ser garantida.[3]

Com seu escopo de proteção, dada sua grande importância para todo o sistema jurídico, o princípio da constitucionalidade exige para a validade de todos os atos dentro do ordenamento regidos por certa Constituição, que todos sejam exarados em conformidade com seus preceitos. A observância das determinações constitucionais termina por ser um requisito de validade a ser observado em toda manifestação jurídica.

O princípio da constitucionalidade deve informar, obrigatoriamente, toda a estrutura componente do Estado, gerando impacto nos três poderes. Não apenas a atividade criativa individualizada de proferir decisões deve estar em uníssono à nossa Constituição Federal/88, mas também a feitura das normas, a fiscalização de como o ordenamento é aplicado e a execução direta e indireta das espécies normativas.

Funciona o aludido mandamento de otimização como verdadeira garantia à observância da Lei Maior. A sanção pelo descumprimento de tais preceitos é invalidade do ato, por meio de sua declaração de nulidade. Rui Medeiros[4] afirma, em defesa de tal princípio, que os atos devem ser praticados por quem for constitucionalmente competente, observando a forma e o *iter* constitucional prescrito, sem distanciar em momento algum do conteúdo, princípio ou preceito disposto na Constituição.

Decorrente da validade ou invalidade de um ato, preciosa é a lição de Jorge Miranda, quando afirma que “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível”[5].

Quanto à constitucionalidade da proposição normativa, verifica-se que não há inconstitucionalidade formal (ou nomodinâmica) subjetiva,

pois se trata de Projeto de Lei oriundo de membro do Poder Legislativo da União que versa sobre conservação da natureza, preservação dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, conforme autoriza a CRFB/88 em seu art. 24, incisos VI. Também a alteração da Lei de Contravenções Penais é de competência da União, *ex vi* do art. 22, I. Por fim, a questão do regime-jurídico da figura "hotel-cassino" como *locus* para jogos de azar também é de competência da União, conforme o art. 22, XX da CRFB/88, bem interpretado na Súmula Vinculante 2 do Supremo Tribunal Federal e nos seguintes precedentes, todos daquela Corte Excelsa:

"Ementa: (...) 1. Esta Suprema Corte já assentou que a expressão 'sistema de sorteios' constante do art. 22, XX, da Constituição Federal alcança os jogos de azar, as loterias e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União." (ADI 3895, Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgamento em 4.6.2008, DJe de 29.8.2008)

Ementa: "Competência - Jogos - Precedente do Plenário - Ressalva de entendimento pessoal. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, a cláusula reveladora da competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios - artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal - abrange a exploração de loteria, de jogos de azar." (ADI 2950, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 29.8.2007, DJe de 1.2.2008)

"O eminente Procurador-Geral da República, ao oferecer o seu douto parecer nos presentes autos, sustentou, a meu juízo, com inteira razão, que os diplomas normativos ora impugnados efetivamente vulneraram a cláusula de competência, que, inscrita no art. 22, inciso XX, da Constituição da República, atribui, ao tema dos 'sorteios' (expressão que abrange, na jurisprudência desta Corte, os jogos de azar, as

loterias e similares), um máximo coeficiente de federalidade, apto afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal, ou, ainda, dos Municípios." (ADI 2995, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 13.12.2006, DJe de 28.9.2007)

Relativamente à constitucionalidade material, o exórdio da análise partirá das considerações da área técnica do Ministério do Meio Ambiente e demais entidades vinculadas ouvidas, pois, de ordinário, são fonte fecunda para verificação de possível violação aos princípios e regras constitucionais e ambientais (parâmetros do controle).

Primeiramente, não há como se obstar a própria discussão de todo o PLS ao argumento de que os jogos de azar são proibidos no Brasil, pois tal vedação não se encontra em nível constitucional, mas sim em sede legal (ato normativo primário). Assim, a liberação, restrição ou completa vedação dos jogos de azar é temática que incumbe à Lei Federal, conforme já exposto acima. Como o caso em proscênio é justamente uma lei ordinária, não há parâmetro superior, de índole constitucional ou convencional, capaz de fulminar o debate da proposta simplesmente por se tratar de liberação de jogos de azar, ainda que de modo extremamente regrado e condicionado. Neste ponto, o Poder Legislativo possui discricionariedade legislativa para tratar sobre o tema, inclusive escudado em precedentes do STF, acima também já indicados. Trata-se, na verdade e em essência, de uma opção política que deve ser tomada pelo Poder Público considerando as características da sociedade brasileira. Adicionalmente, tratando-se de uma vedação legal, não há óbice, do ponto de vista jurídico, que uma lei de idêntica hierarquia disponha em sentido contrário, a teor do Art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42). Destaque-se que até mesmo a proibição veiculada na legislação de 1941 ainda carece de resposta do Supremo Tribunal Federal, conforme a repercussão geral que aguarda julgamento nos termos seguintes [6]:

Notícias STF

Segunda-feira, 21 de novembro de 2016

### **STF decidirá se proibição de jogos de azar prevista em legislação de 1941 é compatível com a Constituição**

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgará se a definição como infração penal da exploração de jogos de azar, constante da Lei das Contravenções Penais (1941), choca-se com preceitos da Constituição de 1988. Por deliberação do Plenário Virtual, os ministros reconheceram a repercussão geral do tema. O caso concreto a ser examinado é o Recurso Extraordinário (RE) 966177, em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul questiona acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais no estado que considerou atípica a conduta de exploração de jogo de azar, desconsiderando a prática uma contravenção penal sob o argumento de que os fundamentos que embasaram a proibição não se coadunam com os princípios constitucionais vigentes.

Relator do recurso, o ministro Luiz Fux afirmou que a questão é controvertida e envolve matéria constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, por isso merece reflexão do STF. “A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o tribunal *a quo* afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XLI; e 170 da Constituição Federal”, afirmou. O ministro ressaltou que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido no mesmo sentido, fazendo com que no Rio Grande do Sul a prática do jogo de azar não seja mais

considerada contravenção penal. “Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral”, asseverou Fux.

Segundo o artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele, é contravenção penal sujeita à pena de prisão simples, de três meses a um ano, e multa. Em 2015 uma nova lei (Lei 13.155/2015) atualizou o valor da multa – que “de dois a 15 contos de réis” – para R\$ 2 mil a R\$ 200 mil para quem é encontrado participando do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador.

VP/FB

A decisão de afetação está assim ementada:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. JOGO DE AZAR. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TIPLICIDADE DA CONDUTA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO FUNDADO NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTIGOS 1º, IV, 5º, XLI, E 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Seguindo, as alegações da área técnica do Ministério do Meio Ambiente de que o art. 30 da Lei nº 9.985/2000 e o Decreto nº 4.340/2002

apenas permitem a gestão compartilhada da política do SNUC com as OSCIPs também não se sustentam, pois, igualmente, a lei ordinária pode perfeitamente alterar este ponto, criando mais um parceiro da administração ambiental. Na verdade, a inclusão de uma sociedade empresária neste contexto - pessoa que, conceitualmente, tem por finalidade o lucro - deve ser discutida como uma opção de política ambiental, até que algum parâmetro superior, constitucional ou convencional, seja evidenciado como capaz de obstar uma das opções, o que não foi sequer minimamente encontrado. *In casu*, a área técnica destacou 2 pontos que podem ser prejudiciais ao meio ambiente e, nestes termos, capazes de objetar a proposta com fulcro nos princípios constitucionais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental e o princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público[7] ou princípio da natureza pública da proteção ambiental[8], na medida em que o Estado deve editar leis eficazes que protejam o meio ambiente. Vejamos.

A primeira alegação da área técnica de prejuízo à questão ambiental é no sentido "da possibilidade de que a finalidade rentável destes empreendimentos implica, em determinados momentos, a sua sobreposição em relação aos interesses de manutenção de uma UC ambientalmente equilibrada" [9]. De fato, é de sabença prosaica que a atividade empresarial pode resultar na degradação ambiental e que suas externalidades, se não forem internalizadas na atividade econômica, gerará uma privatização dos lucros e socialização do prejuízo, em evidente afronta ao ordenamento jurídico e o aspecto preventivo do Direito Ambiental aqui torna-se ainda mais candente. Contudo, como a atividade a ser desenvolvida é um "hotel-cassino", empreendimento em que os riscos ambientais são conhecidos, o instituto do licenciamento ambiental somado a uma fiscalização efetiva teriam o condão de afastar a preocupação da área técnica. Do contrário, qualquer atividade econômica em que os riscos são conhecidos não poderiam operar no mercado, pois sempre há o risco da degradação ambiental e o lucro é ínsito à lógica capitalista. A área técnica, neste ponto, não afirmou, com forte convicção e exaustiva fundamentação, que há um *risco demasiado grande* de prejuízo ambiental ou mesmo uma ameaça mais significativa que aquela inerente a um empreendimento do tipo "hotel".



A preocupação com o licenciamento já foi prevista também na justificção do PLS, *textus*:

(...) Evidente que no ato de implantaço do empreendimento, durante o licenciamento ambiental, o órgo competente determinará as condições ambientais a serem respeitadas, considerando-se o plano de manejo da unidade, de modo a minimizar os eventuais impactos ambientais negativos que a construço de hotéis-cassino poderia causar à unidade de conservaço.

Já a preocupação com a fiscalizaço também não foi ignorada na referida justificção:

Por outro lado, a proximidade dos empreendimentos com as UCs tem a intencço de estimular e facilitar a gesto privada das unidades pelos operadores dos hotéis-cassino, deixando ao agente público ligado ao órgo gestor do Sistema Nacional de Unidades de Conservaço a obrigaço de fiscalizar a execuço do Plano de Recuperaço e Preservaço Ambiental da unidade de conservaço previsto no artigo 5º do Projeto de Lei.

A segunda alegaço é no sentido de que o perfil do público de hotéis-cassino, ainda que nas proximidades de áreas protegidas, "tende a divergir" dos visitantes que procuram atividades de ecoturismo nas UCs. Sobre o ponto, a *mens legislatoris* (vontade do legislador) não é no sentido de atrair aos hotéis-cassino aqueles que já exercem o ecoturismo, mas sim o contrário, fazer com que jogadores, sobretudo turistas, atraídos pelo empreendimento, terminem por conhecer e valorizar a questo ambiental. Eis como o ponto é enfrentado pela justificção parlamentar, *in litteris*:

Por outro lado, apesar de permitida a visitaço em muitas unidades de conservaço nacionais, a falta de infraestrutura para o turismo faz com que o potencial turístico de muitas regiões, principalmente no Norte, seja subexplorado. A construço de hotéis-cassino, obrigatoriamente em áreas próximas às unidades de conservaço, forneceria espaço necessário para acomodaço de turistas e intensificaria seu contato

com a biodiversidade presente na unidade de conservação. (...)

(...)

Quanto maior o conhecimento do patrimônio ambiental brasileiro, maior será o interesse dos cidadãos em sua preservação. Por isso, é premente que a sociedade e os turistas estejam em contato com as unidades de conservação em que seja admitida a visitação pública. Ao mesmo tempo, é necessária a manutenção da devida distância entre os aglomerados populacionais e as unidades de conservação em que não é permitida a visitação para fins de ecoturismo, como nas Estações Ecológicas e nas Reservas Biológicas. Sob essa preocupação, a proposição exclui a possibilidade de implantação de hotéis-cassino nas proximidades dessas áreas protegidas.

Assim, pelo fundamentado, a proposta não pretende apenas fazer com que ecoturistas tornem-se consumidores de hotéis-cassino e jogos de azar, mas sim o reverso, que a questão ambiental seja aproximada deste tipo de empreendimento.

Seguindo, quanto à CIDE Verde prevista no PLS, não há dúvidas quanto à viabilidade da utilização da extrafiscalidade da tributação como uma aliada à conservação, defesa e preservação ambiental. *In casu*, abstraídas as questões propriamente tributárias (fato gerador, alíquota, base de cálculo, etc) da exação idealizada, sua vinculação ao financiamento de arranjos de pagamentos por serviços ambientais traz recursos a um direito fundamental que, como todos os demais, possui um custo para o Poder Público e a sociedade.

Noutro flanco, resta muito claro que a junção da questão dos hotéis-cassino com a temática ambiental apenas terá lugar depois que houver uma discussão, de cunho prejudicial, sobre se é benéfico ou maléfico à sociedade a liberação dos jogos de azar por meio de hotéis-cassino, ainda que incrustados no contexto do SNUC. Assim, até que a área técnica

demonstre que os hotéis-cassino são prejudiciais ao meio ambiente no sentido de que geram um risco demasiado grande de prejuízo ambiental ou mesmo uma ameaça mais significativa que aquela inerente a um empreendimento do tipo "hotel", ou mesmo comprove que é tecnicamente inviável, do ponto de vista ambiental, que um hotel-cassino opere em espaços territoriais a serem especialmente protegidos mesmo com a previsão de licenciamento ambiental - o que poderia gerar uma violação ao art. 225, §1º, III da CRFB/88 - e as disposições do próprio PLS (como licenciamento e vedação de proximidade de certas UCs), não há óbice jurídico ao prosseguimento da proposta legislativa.

### 3. Conclusão

À luz do exposto, conclui-se pela ausência de óbice jurídico à redação originária do PLS 595/2015, no que tange ao aspecto estritamente ambiental da proposta.

### 4. Referências

[1] Íntegra disponível em <<<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=577649&disposition=inline>>>. Acesso em 26 dez. 2017.

[2] Justificação apresentada com o PLS. Disponível em <<<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=577649&disposition=inline>>>. Acesso em 26 dez. 2017.

[3] MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reim., Coimbra Ed., 1996, p.77.

[4] MEDEIROS, Rui. **A Decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, p.168.

[5] MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reim., Coimbra Ed., 1996, p.11.

[6] Notícia disponibilizada em <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329938>>>. Acesso em 26 Dez. 2017.

[7]MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2013

[8]MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2005.

## SUJEITOS QUE EXERCEM FUNÇÕES PÚBLICAS E SUAS NUANCES

**ALICE SANTOS VELOSO NEVES:** Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre os agentes públicos, expressão demasiada ampla que indica os sujeitos que exercem as funções públicas. Na parte introdutória buscou-se delimitar o conceito e a classificação dos agentes públicos, trazendo adiante linhas sobre o regime jurídico, sua remuneração, estabilidade, vacância e direito e deveres desses agentes. Conclui-se com a necessidade de melhor compreender as nuances dos sujeitos exercem as funções públicas e a preocupação com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2135, ação que questiona a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual modificou o regime jurídico dos agentes públicos, por vício formal em sua tramitação legislativa.

**Palavras-chave:** Agentes Públicos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Regime Jurídico 3. Remuneração 4. Estabilidade 5. Vacância 6. Direitos e Deveres 7. Uso e Abuso de Poder 8. Conclusão 9. Referências

---

### 1. Introdução

Qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independente do vínculo jurídico, mesmo que atue provisoriamente e sem remuneração. Quem atua em nome do Estado, o representa, respondendo inclusive pessoalmente pelos atos praticados.

Assim, os agentes públicos podem ser conceituados como os sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos de sua vontade, mesmo que o façam apenas ocasionalmente.

A expressão agente público é mais abrangente, incluindo aqueles que exercem função pública sob a ótica do regime estatutário, seguindo regras de estatuto próprio ou em virtude de relação trabalhista, com regime de emprego público, seguindo normas trabalhistas, como veremos em tópicos seguintes.

O doutrinador Matheus Carvalho esclarece que também são considerados agentes públicos todos os particulares contratados sob o regime de cargo temporário e aqueles que não possuam vínculo algum com a Administração Pública, mas estejam exercendo função pública. Desses últimos são exemplos os jurados, no dia em que prestam serviço de atuação no júri popular, os mesários, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviço público e os titulares das serventias de cartório que executam serviços notariais, mediante delegação.

Essa definição também é trazida na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública, nos termos do conceito disposto em seu art. 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Quando um agente público pratica um ato, quem o pratica é o próprio Estado, sendo que o agente público é mero presentante dele. A *teoria da apresentação*, do mestre Pontes de Miranda, fez com que desenvolvesse a *teoria do órgão*, que expressa que todo ato expedido por agente público é imputado diretamente à Administração Pública.

Dentre as consequências dessa conclusão é a de que qualquer dano causado a terceiro, por conduta de um agente público, o Estado responde objetivamente, nos termos do art. 37, §6º da CF.

A classificação mais comum para agentes públicos os agrupa tomando por referência principalmente o regime jurídico e a natureza do

vínculo desses agentes com a Administração, o que segundo o professor Matheus Carvalho, *justifica a força das decisões proferidas por eles e os limites de atuação.*

Assim, a doutrina mais moderna classifica agente públicos em agentes políticos, servidores estatais (servidores públicos estatutários e empregados públicos e servidores de pessoas governamentais de direito privado, além de temporários) e particulares em colaboração com a Administração.

Os agentes políticos são os *titulares de cargos estruturais à organização política do país*. São os *detentores de mandato eletivo e os secretários e ministros de Estado*. São os chefes do executivo e seus auxiliares diretos e os eleitos para o exercício de mandato no Poder Legislativo.

A dúvida levantada por doutrinadores, como José Carvalho, de se inserir os membros da magistratura e do Ministério Público como agentes políticos, pois entende que esse agrupamento de agentes políticos considera apenas a natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público, não sendo o caso de enquadrá-los como tal.

Apesar da discussão doutrinária a maior parte da doutrina os insere como agentes políticos por atuarem no exercício de funções essenciais ao Estado e praticarem atos inerentes à soberania deste, sendo titulares de cargos estruturais no âmbito da organização política do País.

São considerados particulares em colaboração com a Administração Pública aqueles particulares que atuam, em situações excepcionais, em nome do Estado, *mesmo que em caráter provisório ou ocasional, independentemente do vínculo jurídico estabelecido, exercendo função pública*<sup>[1]</sup>.

Apesar de não integrarem a estrutura do Estado, os agentes particulares colaboram com o poder público e executam atividades públicas específicas. Neste tópico não há também consenso entre os doutrinadores, mas utiliza-se aqui a classificação de Matheus Carvalho, que os divide em

quatro espécies, os agentes designados, voluntários, delegados e credenciados.

Os designados são aqueles que exercem o *múnus público*, com obrigação de participar, quando requisitados, sob pena de sanção, são os chamados agentes honoríficos, que atuam em virtude de convocação efetivada pelo Poder Público. São cidadãos convocados para prestar, transitoriamente, serviço ao Estado, em razão de sua honorabilidade, sem remuneração, sendo exemplos os mesários eleitorais, jurados do Tribunal de Júri ou os agentes militares conscritos (particulares convocados para prestação de serviço militar obrigatório).

Os agentes públicos voluntários são os que atuam sempre que o ente estatal realiza algum programa voluntariado, em escolas, hospitais públicos ou situações de calamidade.

Os agentes públicos delegados são particulares que recebem delegação para executar atividade, obra ou serviço público, agindo em nome próprio e por sua conta e risco, mediante remuneração advinda do Estado ou dos usuários dos serviços, como os tabeliães, concessionários de serviços públicos e oficiais de registro.

Os credenciados são aqueles agentes públicos que atuam em nome do Estado, particulares que recebem uma incumbência específica para representar a Administração Pública, em virtude de convênios celebrados com o Poder Público, como os médicos que atuam na prestação do serviço público delegado.

Ainda classificando os agentes políticos temos os Servidores Estatais, também chamados de Agentes Administrativos ou Servidores Públicos, os quais possuem vínculo com o Estado. São os servidores públicos efetivos regidos por estatutos próprios, os servidores públicos empregados públicos, regidos por normas celetistas, bem como os servidores temporários ou por motivo de emergência, ao teor do art. 37, IX da CF.

A relação dos servidores públicos com o Estado é permanente, diverso dos demais agentes públicos, excluindo o caso dos magistrados e



membros do Ministério Público, em que há transitoriedade no exercício do *múnus público*.

## 2. Regime Jurídico

Regime jurídico é o conjunto de direitos, deveres, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis a determinadas relações sociais qualificadas pelo Direito. E este depende da natureza do vínculo profissional que possuem com o poder público, podendo os servidores serem celetistas ou estatutários.

A atual Constituição Federal previa a exigência de um regime jurídico único para ingresso de novos servidores públicos nas entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional. Havia necessidade de escolha se os servidores de determinado ente assumiriam o cargo como estatutários ou celetistas, deveria prevalecer um só regime jurídico.

A partir da Emenda Constitucional nº 19 a regra foi alterada e aboliu-se a exigência do regime jurídico único, possibilitando a nomeação simultânea de servidores estatutários e celetistas (empregados públicos), com semelhantes restrições constitucionais, como a exigência de concurso público para ingresso na carreira e impossibilidade de acumulação de empregos públicos.

Por outro lado, após diversas críticas a EC nº 19 foi proposta a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2135 que alegou vício formal de tramitação da norma, pois não teria sido aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados, violando a determinação do §2º do art. 60 da CF, que prevê que as propostas de EC devem tramitar em cada uma das casas legislativas em dois turnos e, para que sejam aprovadas, devem obter, em ambos os turnos, a aquiescência de três quintos dos membros respectivos.

A partir do julgamento que concedeu a medida cautelar da ADIn proposta, em 02 de agosto de 2007, retornou-se a eficácia do original art. 39 da CF, isto é, passou-se a admitir somente o regime jurídico único de servidores nos entes da Administração Direta, autárquica e fundacional, não sendo mais possível a implantação de múltiplos regimes para cada lugar. A

partir do julgamento final da ADIn 2135 o STF poderá dar novo tratamento e inclusive determinar a conversão do regime.

Ademais, a doutrina majoritária entende haver preferência ao regime estatutário na definição legal do regime jurídico a ser adotado pelos entes federativos, ante as garantias inerentes a este regime, podendo ser admitido regime de emprego público como exceção.

O professor Matheus Carvalho cita doutrina de Fernanda Marinela em que esclarece sobre as vantagens e garantias inerentes ao regime estatutário *os quais garantem aos servidores maior segurança e conforto para o exercício de suas funções, o que representa, ao menos, na teoria, uma maior eficiência, moralidade e impessoalidade nos serviços públicos.*

### **3. Remuneração**

Quando se trata de remuneração há que diferenciar se o agente público é celetista, que seguirá normas dispostas na CLT ou estatutário, que possui regime próprio.

Em se tratando de servidor público federal segue-se as previsões da Lei nº 8.112/90, que define remuneração, em seu art. 41:

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

Assim, a remuneração possui definição mais abrangente, pois inclui o vencimento do cargo, descrito no art. 40 da Lei nº 8.112/90, sendo o vencimento percebido, pago pelo cargo que exerce, mais vantagens que se fará jus.

Os servidores públicos, em especial aqui tratado o servidor estatutário federal, possuem direito ao vencimento, sendo proibido o enriquecimento ilícito, sem causa, por parte da Administração Pública. Ademais, o art. 4º da Lei nº 8.112/90 veda a prestação de serviço gratuito, salvo quando a lei assim permitir.

A carta magna dispõe sobre os servidores públicos nos artigos 39 a 41, e especifica que são aplicáveis algumas regras de direitos sociais, dos trabalhadores celetistas, ao teor do § 3º do art. 7º da CF. Uma dessas regras é o direito ao salário mínimo, como menor valor pago ao agente público, replicado no § 5º do art. 41 da Lei nº 8.112/90, salvo a exceção apresentada na Súmula Vinculante nº 06:

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Há que se seguir o princípio da irredutibilidade de remuneração, que advém do mesmo princípio da irredutibilidade salarial, disposto também no § 3º do art. 7º da CF. O princípio apresenta a impossibilidade de serem revogados direitos. Por outro lado não se protege contra a anulação deste ato, em caso de ilegalidade, caso assim constituída.

Desse modo, o princípio da irredutibilidade dos vencimentos não possui natureza absoluta, podendo haver redução de remuneração nos casos de adaptação de valores ao teto constitucional ou sistema de pagamento de subsídios, nos termos do art. 37, inciso XV da CF.

A fixação de remuneração ou subsídios para os agentes públicos devem ser definidos por lei específica, de iniciativa de cada um dos Poderes do Estado, e só poderão ser alterados ou revistos também por lei, conforme previsão do art. 37, inciso X da CF. Esta restrição é denominada de reserva legal, significa lei formal ou ato equiparado a tal, como uma Medida Provisória. Os subsídios do Presidente da República, dos Deputados e dos Senadores são fixados por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, nos termos do art. 49 da CF, mas este ato que tem o mesmo patamar de lei.

Subsídio é pagamento feito em parcela única fixada por lei. Remuneração contempla até as vantagens, o que pode gerar flexibilidade entre iguais, que estejam concentrados na mesma função.

O sistema de subsídio, de recebimento em parcela única, sem acréscimos, é apresentado aos membros do poder, conforme a redação do art. 39, § 9º da CF. São aplicáveis aos chefes do Executivo, parlamentares,

magistrados, ministros e secretários de Estados, membros do Ministério Público e da Advocacia Pública, integrantes da Defensoria Pública e também apresentado em outros cargos como para os integrantes das polícias federal, rodoviária e ferroviária federal e civis.

É claro que a sistemática depende de uma definição da própria estrutura administrativa, em que se pode optar por pagar por subsídio, retirando-se vantagens, vez que a parcela é única.

A partir da visão pela nova estrutura gerencial, gerencialista, que o importa é o resultado, surgiu essa busca pelo instituto de subsídios, mas que depende da estrutura de cada um, observando a existência de cargos distribuídos em carreiras, sendo facultativo a opção de remuneração dos servidores públicos organizados em carreira receberem por subsídio, nos termos do art. 39, § 8º da CF.

A lei veda, ainda, o arresto, sequestro ou penhora do vencimento, remuneração e do provento, sendo este último a retribuição pecuniária paga ao exercente de cargo público quando passa da atividade para a inatividade, ou seja, quando se aposenta.

Por outro lado, apesar da regra que proíbe os descontos na remuneração do servidor público, pois são verbas de caráter alimentar, admitem-se exceções, como por imposição legal ou por decisão judicial, nos casos de prestação de alimentos, ou por consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.112/90 ou para ressarcimento ao erário, somente nos casos em que restar comprovando a má-fé do servidor.

A remuneração de qualquer servidor segue um limite máximo, deve ser somente até o estipulado como teto remuneratório, na forma definida pelo art. 37, inciso XI da CF, sendo dos membros de qualquer dos Poderes da União o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, como esclarece Alexandre Mazza, aplica-se como limite para a remuneração dos agentes públicos, independentemente de seu vínculo com o Estado, seja temporário, comissionado, político, estatutário ou

celetista, o teto remuneratório. Nos Municípios segue-se o subsídio do Prefeito e nos Estados e Distrito Federal o teto no Poder Executivo é o subsídio do Governador; no Poder Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais, e no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado este a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) da remuneração dos ministros do STF, extensivo aos membros do Ministério Público, das Procuradorias e Defensorias.

Outra regra expressa é a vedação de equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias entre os servidores diversos (art. 37, inciso XIII da CF). É certo que há uma busca constitucional de igualdade, de isonomia entre os servidores, mas busca-se evitar o chamado “aumento em cascata”, acréscimos sem definição em lei específica. É o que dispõe a Súmula 339 do STF, convertida em Súmula Vinculante nº 37:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Diferenciado remuneração de subsídio, bem como do salário, devido aos empregados públicos da Administração Direita e Indireta, regidos pelas normas celetistas há que se acrescentar que em relação a remuneração este estipêndio pode ser acrescido de outras vantagens, como adicionais, gratificações, indenizações. Entretanto, como dito, resta proibido o efeito em cascata, não podendo as vantagens e gratificações incidir umas sobre as outras, conforme previsão do art. 37, inciso XIV da carta magna.

#### **4. 4. Estabilidade**

O instituto da estabilidade está previsto no art. 41 da CF e constitui o direito de o servidor permanecer no serviço público.

A doutrina aponta para três requisitos a se conquistar a estabilidade: nomeação para cargo efetivo, três anos de exercício do cargo e avaliação especial de desempenho.

A efetividade é atributo do cargo público, pressupõe definição em lei e aprovação mediante concurso público, sendo que a nomeação para cargos efetivos conta com maior garantia e são feitos em caráter de definitividade.

A Constituição Federal previa que a estabilidade era extensiva a todos os servidores e empregados públicos, entretanto, após a Emenda

Constitucional nº 19 entendeu-se que somente terá estabilidade o nomeado a cargo público efetivo. Portanto, o empregado de pessoa jurídica de direito público não tem estabilidade.

Por outro lado, lei específica pode ofertar garantias aos empregados público, limitando sua dispensa a casos específicos, como faz a Lei nº 9.962/00, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, sendo a dispensa limitada a casos específicos. Caso contrário, em não existindo lei específica, aos empregados públicos será aplicada tão somente as regras previstas na legislação trabalhista, que não prevê a estabilidade.

São necessários cumular três anos de efetivo exercício. Após nomeação o servidor toma posse e fica investido no cargo público, forma-se a relação jurídica entre ele e o Estado e poderá entrar em exercício logo depois, dentre quinze dias após sua posse, nos termos da Lei nº 8.112/90, caso contrário ocorrerá sua exoneração, sua desinvestidura, rompendo seu vínculo se não entrar em efetivo exercício. Se o nomeado não toma posse, só é tornado sem efeito sua nomeação, sai da lista de classificação.

O último requisito é a avaliação especial de desempenho que deverá ser disciplinada pela lei específica da carreira. O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho entende que se passados três anos e não for feita a avaliação o servidor adquire a estabilidade, não podendo ser punido pela desídia da Administração.

Assim, para que se adquira a estabilidade é indispensável a comprovação cumulativa dos três anos de efetivo exercício em cargo efetivo e aprovação em avaliação especial de desempenho, por comissão especialmente constituída, de forma expressa ou tácita, conforme a doutrina e jurisprudência vem entendendo.

Ocorrerá perda da estabilidade por demissão após processo administrativo, observado os princípios de ampla defesa e contraditório ou demissão por processo judicial transitado em julgado; exoneração por avaliação periódica de desempenho; e por exoneração quando houver excesso de despesas, conforme previsão do art. 169 da CF.

Indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço será dada ao servidor exonerado para redução de despesas, nos termos do art. 169, § § 5º e 6º da CF e este cargo será considerado extinto.

Interessante observar que o STF declarou inconstitucional a norma da Constituição estadual que amplia a abrangência do art. 19 da ADCT da CF/88 e confere estabilidade para servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista que ingressaram sem concurso público até cinco anos antes da CF, conforme seu informativo nº 759.

Em relação ao estágio probatório o entendimento majoritário é de que deve ser equiparado ao prazo para a aquisição da estabilidade, devendo, assim, ser de três anos a partir do efetivo exercício.

## **5. Vacância**

As hipóteses de vacância no cargo público estão previstas no art. 33 da Lei nº 8.112/90 e são elas a exoneração, demissão, promoção, readaptação, aposentadoria, investidura em cargo inacumulável e falecimento.

Como dito, a investidura no cargo público ocorre quando o candidato toma posse, formando sua relação jurídica com o Estado. A exoneração e a demissão são exemplos de desinvestiduras, sendo uma tomada por deliberalidade (exoneração) e a demissão com natureza de pena, por cometimento de falta grave que enseja seu desligamento, após processo administrativo com ampla defesa e contraditório, conforme artigos 127 e 132 da Lei nº 8.112/90.

A exoneração, portanto, não tem caráter punitivo e pode ser feita a pedido do servidor, de forma voluntária, ou quando não é confirmado o estágio probatório, por excessos de despesas ou quando o servidor não entra em exercício, após ter tomado posse.

A promoção é simultaneamente forma de provimento e de vacância. Constitui em uma espécie de provimento derivado vertical em que o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro de classe mais elevada, mas na mesma carreira. Difere da progressão, pois o servidor permanece no mesmo cargo, apenas saltando para índice superior horizontal, definido em lei e materializado por acréscimo do vencimento. Somente a promoção há vacância, pois o cargo abaixo fica vago.

Igualmente a readaptação é também forma de provimento e de vacância. Neste caso o servidor muda de cargo em virtude de limitação física ou psíquica sofrida. Trata-se de espécie de provimento derivado horizontal, pois o servidor muda para outro cargo com atribuições, responsabilidades e remuneração semelhantes.

Aposentadoria constitui a passagem do servidor definitivamente para a inatividade remunerada, passando a receber proventos, conforme descrito nos artigos 186 a 195 da Lei nº 8.112/90.

Além do falecimento do servidor, que deixa por óbvio vago seu cargo isto também ocorre quando há posse em outro cargo que seja inacumulável, conhecido pela expressão de “pedido de vacância”.

O professor João Trindade Cavalcante Filho esclarece que este último instrumento é utilizado quando o servidor efetivo e estável, que já tenha cumprido o estágio probatório pede para ir a outro cargo, o qual passará por novo estágio probatório. Neste caso, a este servidor assegura-se sua recondução em caso de inabilitação no período de prova ou mesmo de desistência do novo cargo, retornando ao antigo cargo. O servidor não estável que pedir declaração de vacância pela posse em outro cargo inacumulável terá seu pedido recebido como exoneração, com seu desligamento do seu cargo.

## **6. Direitos e Deveres**

Consideram-se direitos as vantagens estipuladas aos servidores públicos, descritas na Lei nº 8.112/90 incluindo os vencimentos, as indenizações, gratificações, diárias, adicionais, férias, licenças, concessões e o direito de petição.

Ao empregado público há semelhantes direitos, mas na forma garantida pela norma constitucional e na legislação trabalhista.

Além do vencimento poderão ser pagas ao servidor indenizações, que não se incorporam ao vencimento ou provento e gratificações e adicionais, que são incorporáveis. São indenizações, nos termos dos artigos 53, 58 e 60 da Lei nº 8112/90 a ajuda de custo por mudança e por



falecimento, devida a família do servidor; diárias por deslocamento; indenização de transporte; e auxílio-moradia, a qual recebeu recentes alterações dadas pela Medida Provisória nº 805 de 2017.

Conforme o art. 61 da Lei nº 8.112/90, além dos vencimentos e das vantagens, o servidor público tem direito ainda a retribuições, gratificações e adicionais, ali detalhados, como retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

Devido o direito ao descanso são devidas as férias, fruíveis após doze meses de exercício. O estatuto do servidor público ainda prevê a existência de sete diferentes tipos de licenças e quatro tipos de afastamentos, além das ausências permitidas. São concedidas sem remuneração apenas as licenças por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, para a atividade política, para tratar de interesses particulares e para desempenho de mandato classista.

Assegura-se, ainda, ao servidor o direito de greve. O art. 9º da carta magna assegura o direito de greve a todos os trabalhadores, como direito social. Aos servidores públicos o direito de greve encontra-se previsto no art. 37, inciso VII da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Considerando que até o presente momento ainda não foi editada lei específica sobre o direito de greve dos servidores públicos aplica-se a legislação que regulamenta a greve para os trabalhadores da iniciativa privada, isto é a Lei nº 7.701/88 e Lei nº 7.783/89, conforme entendimento do STF, sendo uma exceção ao princípio da continuidade da prestação do serviço público.

Nesse sentido, os servidores públicos podem fazer greve e esta não será considerada como um ato ilícito, devendo-se inicialmente tentar negociação prévia, direta e pacífica, sendo esta frustrada ou de negociação impossível e ainda comunicar aos interessados com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, por se tratar de serviço público e, portanto, de atividade essencial. A adesão ao movimento deve ser dada por meios pacíficos e deve-se garantir a continuidade da prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados e da sociedade.

O STF ainda decidiu que embora haja possibilidade de greve ela possui consequências, devendo ser descontados os dias de paralização decorrentes de seu exercício, salvo se a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público. Por outro lado, permite-se a compensação em caso de acordo<sup>[2]</sup>.

Já os deveres dos servidores públicos estão elencados no art. 116 do Estatuto, sendo o rol mais extensivo em relação a suas proibições, dispostos no art. 117. Se o servidor realizar ato comissivo ou omissivo, doloso ou culposos, que resulte prejuízo ao erário ou a terceiro, caberá responsabilização civil, penal e administrativa.

No âmbito da Administração Pública as punições funcionais seguirão o processo disciplinar a apurar a falta cometida e a aplicação da pena mais apropriada.

## **7. Conclusão**

A nomenclatura de agentes públicos é realmente abrangente restando necessário serem feitas divisões, para facilitar a compreensão dos institutos, sem perder a visão centralista a primar pela garantia de direitos.

Por outro lado, considerando o atual momento em que vivemos, com restrições de toda ordem, principalmente em relação às despesas, advinda da crise financeira instalada em nosso país e, culminada pelas crises institucionais e políticas, deve-se tomar cautelas para a rápida retirada de benefícios, arduamente conquistados.

Nesse sentido, direciona-se o olhar ao próximo julgamento da ADIn nº 2135 pelo STF, ação que questiona a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual modificou o regime jurídico dos agentes públicos, por vício formal em sua tramitação legislativa. Como explicitado, em decisão cautelar dessa ação constitucional foi restabelecido o regime jurídico único dos servidores.

Denota-se que a decisão final dessa ADIn impactará nos efeitos e na extensão da alteração, pois se confirmado o regime jurídico único para Servidores Públicos da União, Estados e Municípios das Autarquias, Fundações e Conselhos poderá inclusive ser determinado a conversão dos regimes ao que se entender mais apropriado.

Certo é que se trata de uma decisão de grande impacto, esperando-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal garanta o tratamento minimamente uniforme entre servidores públicos, de maneira a preservar a isonomia e outros princípios constitucionais.

Destarte, o presente artigo buscou mostrar um detalhamento superficial sobre o extenso tema de agentes políticos, tentando tratar todas suas principais nuances, para conhecer os principais institutos e os direitos dos agentes públicos.

## **8. Referências**

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm)> Acesso em 30 jan 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)> Acesso em 01 de fev 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Esquematizado: Informativo 845 STF*. Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/12/info-845-stf.pdf>>. Acesso em 10 de fev 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Servidor Público: Lei nº 8.112/1990*. Salvador, Editora Juspodivm, 2012.

GARCIA, Wander. *Super-revisão: Concursos Jurídicos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

**Notas:**

[1] CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 751.

[2] STF. Plenário. RE 693456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/10/2016 (repercussão geral) (Info 845).

## **A REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NAS SOCIEDADES LIMITADAS E NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

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

**Resumo:** O artigo busca mostrar as distinções e semelhanças da administração, em especial a remuneração dos administradores, nas sociedades limitadas e nas anônimas. Para tanto, apresenta brevemente outros aspectos da constituição dessas duas estruturas societárias.

**Palavras chaves:** sociedades anônimas; sociedades simples; administradores; remuneração; estrutura societária

---

### **I- Sociedades empresárias<sup>[1]</sup>**

As sociedades empresárias podem ser entendidas como pessoa jurídica de direito privado criada a partir da reunião de capital, por meio contratual ou semelhante, de duas ou mais pessoas objetivando o lucro e desenvolvendo atividades que produzam ou o fluxo serviços ou bens. Estas podem ser divididas em Sociedade Empresária Limitada (LTDA), Sociedade Limitada Anônima (S/A), Sociedade em Comandita Simples (C/S), Sociedade em Nome Coletivo (N/C) e Sociedade em Comandita por Ações (C/A). Como dito, o presente artigo busca elucidar as diferenças na transparência salarial dos sócios nas duas primeiras estruturas societárias. Desta forma, é necessário esclarecer as distinções dessas duas constituições de sociedade para concluir em quais pontos elas podem refletir no tema central. (GONÇALVES, GONÇALVES, 2016)

### **II- Sociedades Limitadas**

A constituição e organização das sociedades limitadas foram dispostas, primeiramente no Decreto n. 3.708 de 1919 e agora são inseridas no Código Civil. Esta organização societária possui natureza contratual e são dividida em quotas. Desta forma, além dos sócios poderem

implementar livremente suas vontades, desde que não estejam contra princípios constitucionais ou vão de encontro à disposições legais, a responsabilidades deles está restrita a sua parte subscrita, respondendo solidariamente, apenas, pela integralização do capital social. Dessarte, este tipo de sociedade é o que mais se apresenta no Brasil.

O contrato social para ser firmado deve seguir o previsto no artigo 997 do Código Civil, que apesar de estar no capítulo de sociedade simples, serve de subsídio para as sociedades limitadas, como dispõe o artigo 1053. Assim:

“Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.”

No que tange as responsabilidades pelas obrigações sociais, os sócios serão eximidos destas assim que o capital social for integralizado. Deste modo, caso haja falência da sociedade e o patrimônio social não consiga cobrir a dívida, o credores que sofrerão a perda. Como Fábio Ulhoa Coelho coloca, apesar disso parecer injusto, visa o investimento e o empreendedorismo, afinal, esse tipo de atividade sempre possui riscos e se não houver disposições legais que incentivem as atividades empresárias, prejudicaria o princípio constitucional da livre iniciativa. (COELHO, 2015) O que deixa claro o entendimento de que a pessoa jurídica da sociedade não se confunde com a dos seus sócios, como acorda o STJ:

**Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE MARCA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO PARA POSTULAR DIREITO DECORRENTE DE PACTO CELEBRADO COM A SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. 1. A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Assim, por constituírem pessoas distintas, distintos são também seus direitos e obrigações. 2. Ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Por isso, o sócio não tem legitimidade para figurar no polo ativo de demanda em que se busca indenização por prejuízos eventualmente causados à sociedade de que participa. 3. Hipótese em que o sócio tem interesse meramente econômico, faltando-lhe interesse jurídico a defender. 4. Recurso especial provido. Processo extinto sem julgamento de mérito.**

A administração da sociedade limitada pode ser feita por uma ou mais pessoas, sócias ou não, em que tais critérios serão estabelecidos no contrato social ou em ato separado, desde que sigam as normas previstas

no código civil. Ademais, é importante ressaltar que os administradores têm o dever de prestar contas e os balanços patrimoniais aos sócios, além dos deveres de diligência, responsabilidade pessoal e solidária diante da sociedade e de terceiros, em caso de ações culposas durante exercício de suas funções. (GONÇALVES, GONÇALVES, 2016, p. 114)

As sociedades limitadas podem implementar um conselho fiscal, o qual sua criação só aparenta útil em casos que os sócios não presentes no cotidiano da empresa sejam uma parcela considerável, uma vez que desconsiderando essa hipótese, o peso econômico gerado não seria compensado. As atribuições deste estão previstas no artigo 1.069 do Código Civil:

“Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas;

II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo ;

III - exarar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;



V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.”

Em relação a essa estrutura societária, o último ponto que deve ser destacado é em relação às deliberações dos sócios, também com fulcro no código civil:

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III - a destituição dos administradores;

IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

### **III- Sociedades Anônimas**

As sociedades anônimas surgiram na época da expansão colonial, de modo que a primeira conhecida é a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais em que objetivava um grande acúmulo de capital. Desta forma, são estruturas societárias, de pessoas e capital, para associações econômicas de grande porte. As S/A podem ser fechadas, em que há uma maior restrição para o circulamento de suas ações ou abertas, que a transferência destas são feitas de modo livre.

Estas sociedades são regidas pela Lei nº 6.404 de 1976 em que prevê a divisão do seu capital por ações e a limitação da responsabilidade dos sócios de acordo com sua parte subscrita. (LSA, art. 1º) Além disso, cabe ressaltar que a personalidade do sócio, diferentemente da sociedade limitada, não possui relevância para a constituição da sociedade anônima. Ademais, a burocracia para vendas de ações é bem inferior à de negociação de quotas.

A Lei das S/A prevê a obrigatoriedade da realização de assembleias gerais, com poderes até de suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto (LSA, art. 120) e de decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. (LSA, art. 121). Ademais, o artigo 122 trata das competências de tal órgão:

“Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas;

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata”

A administração da sociedade anônima é composta por membros de dois órgãos desta: controle de conselho de administração e diretoria. A existência do primeiro comitê não é obrigatória em todos os tipos de S/A, apenas nas de economia mista, abertas e de capital autorizado. Fábio Ulhoa Coelho define como “colegiado de caráter deliberativo, ao qual a lei atribui parcela da competência da assembleia geral, com vistas a agilizar a tomada de decisões de interesse da companhia.” Assim, diretoria, que representa legalmente a sociedade e busca concretizar as deliberações do conselho de administração. (COELHO, 2017, pp. 215, 216)

Diante disso, a Lei das S/A dispõe quanto a importantes deveres que os administradores devem seguir sendo estes: de diligência, lealdade e de informar. Ainda trata da responsabilização civil deles:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

#### **IV- Remuneração dos administradores<sup>[2]</sup>**

Em relação às sociedades limitadas, se no contrato social não prever a maneira remuneração dos administradores, esta poderá ser feita por meio do pro-labore (pelo trabalho). Este método se diferencia do salário, como Márcio Roberto Andrade coloca, uma vez que não possuem normas obrigatórias como previsão de férias, décimo terceiro salário, FGTS e possui tributação própria. Desta forma, a remuneração deve ser deliberada, como previsto no artigo 1.071 do código civil. Assim, tem-se a decisão proferida pelo TJ- AM:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO - AÇÃO PARCIAL DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - DEFERIMENTO DE PEDIDO PARA O PAGAMENTO DE PRÓ-LABORES ATRASADOS - INCÁBIVEL - SÓCIO AFASTADO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE NO PERÍODO RECLAMADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO - A disciplina de Fábio Ulhoa Coelho dispõe que, o prolabore, ainda no plano dos conceitos, remunera o trabalho de direção da empresa. Seu pagamento, assim, deve beneficiar apenas os empreendedores, que dedicaram tempo à gestão dos negócios sociais; - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça elucidam que o pró-labore é devido ao sócio somente enquanto permanecer como gerente da sociedade por cotas; - Recurso conhecido e provido”

Já em relação a remuneração dos administradores nas Sociedades Anônimas, era comum as *stock options*, que diante de certas circunstâncias, poderia adquirir futuramente ações da companhia, o que levaria o administrador a tornar-se um acionista. Desta forma, ele obteria vantagem nos dividendos. Além desta, o artigo 56 da Lei das SA dispõe quanto a emissão de debêntures com participação nos lucros, se deliberada na assembléia. Há também a possibilidade, nas sociedades anônimas fechadas, de títulos de renda variável, a chamada parte

beneficiária. Por fim, outro método é a participação do lucro, desde que o estatuto preveja tal possibilidade. Vale frisar que o TRF-3 entende que a participação nos lucros também deverá ser tributada, e não rendimento já tributado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. LUCROS DISTRIBUÍDOS A ADMINISTRADORES. EFEITOS DE DECISÃO EM AÇÃO AJUIZADA PELA FONTE PAGADORA. VEDAÇÃO À DEDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO. 1. A obrigação ou desobrigação da fonte pagadora em efetuar a retenção e recolhimento fixada entre ela e o credor tributário em ação judicial não implica necessária prejudicialidade do trato da questão pelo beneficiário. Admitir o contrário seria imaginar que, como substituta tributária, possa defender direito alheio - do substituído. Não há necessária extensão do resultado da ação entre substituto e Fisco na relação contribuinte-Fisco, à vista dos efeitos intersubjetivos das decisões judiciais. 2. Bate-se o Impetrante na aplicação de forma extensiva do art. 10 da Lei nº 9.249 /95. Ainda que o caput do dispositivo questionado não decline, resta claro, até pela menção a "sócios e acionistas" constantes do parágrafo, que está relacionada aos próprios capitalistas e não aos administradores. Sócios, quando se refere à distribuição de lucros, nas sociedades por cotas, e acionistas, quando se refere ao pagamento de dividendos, nas sociedades por ações. 3. São desinfluentes os dispositivos da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404 /76) que tratam de normas de contabilização, sistematizando e unificando as fórmulas para quando, aos efeitos nela dispostos, empregue um ou outro conceito na regulação de seu funcionamento. Não se confundem essas regras de contabilização e economia interna da empresa com as normas de tributação. 4. Não há como confundir a

distribuição de lucros a um cotista ou de dividendos a um acionista com a hipótese, não de simples distribuição, mas de participação nos lucros por parte de administrador, em nítido caráter de gratificação de desempenho. A isenção dada pelo dispositivo em questão se deve exatamente porque no antecedente o sócio ou acionista aplicou um capital na pessoa jurídica, do que agora está recebendo remuneração. A participação nos lucros por parte do administrador configura prêmio por desempenho e não rendimento já tributado de capital investido, sendo, assim, enquadrada como renda tributável.

A questão da remuneração dos membros nas empresas possui um debate muito complexo, pois não há uma uniformização ou previsão fixa. Assim, da mesma maneira que apresenta vantagens por poder ser definido pelo contrato social, ou deliberações, há uma falta de clareza do modo que isto está sendo realizado e se em todo o tempo está legalmente correto, pois não há uma maneira simples e completamente eficaz de fiscalização.

Ainda que criados meios para evitar que ela seja excessiva como códigos de conduta, autocontrole, revelação individual (*individual disclosure*) de remuneração de cada membro para os acionistas, fiscalização e aprovação pelo conselho, a escrituração contábil para remuneração baseada em ações (*accounting for share-based remuneration*), como Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França aborda em seu livro, ainda não foram totalmente eficazes para esse controle. (FRANÇA, 2009)

Dado fato, surgem debates muito críticos em relação a eticidade e transparência das empresas, como França coloca que surge uma contradição, pois ao mesmo tempo que os executivos possuem salários que chegam a ser exorbitantes, seus funcionários, mesmo que bastante qualificados, não possuem o mesmo reconhecimento e vantagem econômica.(FRANÇA, 2009)

Além desse problema interno, há uma reflexão no âmbito externo, uma vez que não há uma clareza, para a sociedade civil, em relação ao

andamento das sociedades empresárias. Este ponto pode gerar dúvidas como: qual importância a remuneração de um integrante de uma sociedade pode afetar diretamente ou indiretamente um membro da sociedade civil? Então, por mais que não exista uma resposta exata para tal questionamento, mas é evidente que o mercado reflete na vida de todos. Desta forma, se há um problema que pode gerar prejuízos na economia, também gerará impactos na sociedade.

Diante disso, devem ser pensados mais mecanismos com maior eficiência a fim de conter esses problemas, como o portal de transparência de servidores públicos, que mostra exatamente, a quem tiver interesse, a parcela dos impostos que é gasta com cada funcionário do serviço público.

**Referências:**[\[3\]](#)

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4811/Formas-de-remuneracao-de-administradores-de-sociedades-anonimas-Aspectos-societarios-e-tributarios>

**COELHO, FÁBIO. Manual de Direito Comercial Direito de Empresa - 28ª Ed. 2016**

<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18852199/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-11272-sp-20046100011272-6-trf3>

<https://rloreto.jusbrasil.com.br/artigos/470856792/deliberacoes-dos-socios>

<https://philippa.jusbrasil.com.br/artigos/241085758/orgaos-da-sociedade-anonima>

**AZEVEDO, Erasmo Valladão. Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa. 2009. Editora Malheiros**



Goncalves, Victor Eduardo Rios / Perrotta, Maria Gabriela Venturoti. Direito Comercial - Direito Empresa, Sociedades Empresárias - Col. Sinopses Jurídicas 21 - 9ª Ed. 2016

<https://gustavoguiotto.jusbrasil.com.br/artigos/342624502/a-sociedade-anonima>

<http://www.contabeis.com.br/noticias/56/administracao-de-sociedade-limitada/>

[https://blog.contaazul.com/o-que-e-pro-labore-ab?utm\\_expid=.bISB7tebR\\_OdQW3s2jmw4w.1&utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F](https://blog.contaazul.com/o-que-e-pro-labore-ab?utm_expid=.bISB7tebR_OdQW3s2jmw4w.1&utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F)

---

- Acho que seria válido fazer uma introdução antes de tratar propriamente dos tipos de sociedade

- Talvez seja interessante tentar conectar mais os pontos que você está desenvolvendo, fazendo comparações e remissões

- Pelo que eu li do trabalho e do assunto, existem diferenças entre o modelo brasileiro e outros estrangeiros. Talvez, se não for algo complexo, enriquecesse a discussão se você abordasse alguns desses pontos (um país como a Argentina, por exemplo, que parece muito com a gente)

- Formato ABNT

- Fazer referências na própria página

## AS IDENTIDADES EM "O MERCADOR DE VENEZA": UMA ANÁLISE À LUZ DE AMARTYA SEN

**AFONSO ROBERTO MENDES BELARMINO:**  
Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

**RESUMO:** O presente artigo, partindo do enredo da obra “O mercador de Veneza”, de William Shakespeare, e com base no livro “Identidade e violência – A ilusão do destino”, de Amartya Sen, busca analisar as inúmeras possibilidades de categorização dos indivíduos, que podem apresentar diversas identidades simultaneamente. Focando na figura de Shylock, o personagem judeu da obra shakespeariana, investiga-se a pluralidade das identidades manifestas nos indivíduos, o que revela os prejuízos causados pela classificação das pessoas em campos ou civilizações estanques e incomunicáveis entre si.

**PALAVRAS-CHAVE:** Identidade; Violência; Amartya Sen; Shakespeare.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: Um diálogo entre Shakespeare e Amartya Sen; 2. Shylock, apenas um judeu entre cristãos?; 3. A ilusão da identidade singular; 4. “Então, um judeu não possui olhos?”; 5. Considerações conclusivas: um olhar para a atualidade; 6. Referências bibliográficas.

---

### 1. INTRODUÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE SHAKESPEARE E AMARTYA SEN

*“Nem fiquemos ressentidos quando outros divergirem de nós. Pois todo homem tem um coração e cada coração tem suas próprias propensões. O direito de cada um é nosso erro, e nosso direito é o erro de cada um.”*

(Excerto da Constituição dos Dezessete Artigos, a primeira constituição japonesa, promulgada em 604 d.C<sup>[1]</sup>)

O trecho extraído da primeira constituição japonesa, promulgada no século VII pelo príncipe-regente Shotoku, bem como as menções a Shakespeare e a Amartya Sen, serve como ponto de partida para o presente artigo, que buscará demonstrar, em linhas gerais, que os indivíduos comportam diversas propensões – ou “identidades”, consoante adiante esmiuçado – e que se mostra perniciosa a compartimentação das pessoas com base em características isoladamente consideradas.

Fazendo-se uso de elementos narrativos colhidos do clássico shakespeariano “O Mercador de Veneza”, tornada pública na forma de peça teatral no início do século XVII, serão ilustradas as diferentes possibilidades de manifestação das inúmeras identidades que as pessoas podem apresentar, conforme as ideias expostas no livro “Identidade e violência: a ilusão do destino”, de Amartya Sen.

Considerando que as obras referidas distam séculos entre si e foram produzidas, naturalmente, em contextos históricos deveras distintos, esclareça-se, desde já, que não se buscará examinar ou julgar a Inglaterra elisabetana com as lupas modernas da obra de Sen, como se as dinâmicas sociais ali experimentadas pudessem ser moldadas pela lógica hodierna.

Busca-se tão-somente, como adiantado, utilizar o enredo do bardo inglês, focando-se na personagem Shylock, para exemplificar os meios pelos quais se apresenta a “grande variedade de categorias às quais pertencemos simultaneamente”<sup>[2]</sup>, ainda que se atribua à pena shakespeariana o mero desenho da caricatura de um judeu usurário e devotado, acima de tudo, ao dinheiro.

No entanto, a avareza não é a única característica detectável em Shylock, personagem que, apesar de aparecer em apenas cinco das vinte cenas, protagoniza à sua maneira a história e apresenta um complexo de sentimentos e peculiaridades que aprofundam a sua existência ficcional, dotando-o, inclusive, de outras identidades além do preconceituoso estereótipo judaico.

De acordo com a ideia de que “identidades são fortemente plurais e de que a importância de uma identidade não tem de eliminar a importância

das outras”, mostrar-se-á que, assim como se narra na ficção, a realidade pode revelar os prejuízos causados pela classificação das pessoas em campos ou civilizações estanques e incomunicáveis entre si.

## **2. SHYLOCK, APENAS UM JUDEU ENTRE CRISTÃOS?**

O judeu Shylock não é a personagem mais recorrente da história nem todos os acontecimentos narrados giram em torno dele, mas, devido ao peso de sua presença e ao escopo do presente trabalho, focar-se-á em suas aparições e nos fatos que lhe dizem respeito.

A narrativa baseia-se na dívida contraída por Antônio, o mercador de Veneza do título, junto a Shylock, que lhe empresta três mil ducados que seriam destinados a Bassânio, seu grande amigo que precisava da quantia para o seu próprio empreendimento: o casamento com Pórcia, a qual estava às voltas com a escolha do seu pretendente.

Movido pelo ódio e pelo sentimento de vingança, Shylock aceita emprestar o montante mediante uma garantia mortal assim estipulada a Antônio: “(...) será estipulado que, se não pagardes em tal dia, em tal lugar, a soma ou as somas combinadas, a penalidade consistirá numa libra exata de vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada de não importa que parte de vosso corpo que for de meu agrado”<sup>[3]</sup>.

Decorrido o prazo estabelecido para o pagamento do empréstimo, não tendo este sido honrado por Antônio, Shylock recorre à Justiça – não para ver satisfeita a obrigação de que era credor, mas para, de maneira implacável, exigir a penalidade cruenta firmada.

Ao longo da história, conforme esmiuçado adiante, muitas facetas de Shylock e das personagens que com ele contracenam são reveladas, demonstrando que “ignorar tudo, exceto a fé, é apagar a realidade de interesses que têm motivado as pessoas a afirmar identidades que vão muito além da religião”<sup>[4]</sup>. Noutros termos, os indivíduos podem ostentar, a depender do contexto em que se encontram, as suas mais diversas filiações, restando insuficiente a categorização da sociedade com base apenas na fé.

## **3. A ILUSÃO DA IDENTIDADE SINGULAR**

Amartya Sen, em “Identidade e Violência – A ilusão do destino”, discorre acerca das “desastrosas consequências de definir pessoas segundo sua etnicidade religiosa e dar prioridade predeterminada à perspectiva fundamentada na comunidade em detrimento de todas as demais identidades”.

Assim como a identidade judaica de Shylock se mostrava primordialmente relevante aos concidadãos venezianos e a identidade cristã destes repugnava ao judeu, a ilusão das categorizações superficiais permeia toda a História. Para Sen, os conflitos baseados em identidades – ignoradas ou superestimadas – ocorrem quando se desconsidera “a pertinência de todas as outras filiações e associações” que uma pessoa pode ter, bem como quando se redefinem “as exigências da identidade ‘exclusiva’ em uma forma particularmente beligerante”[5].

Trata-se o mundo muitas vezes – como se tratou em grande parte na obra literária em questão – como uma “federação de religiões ou civilizações”, em que se relevam todas as formas pelas quais as pessoas se veem[6].

Em suma, para Sen[7]:

Uma das questões básicas refere - se a como os seres humanos são vistos. Devem eles ser categorizados em termos de tradições herdadas, especialmente a religião herdada, da comunidade na qual acaso nasceram, fazendo com que essa identidade não escolhida tenha prioridade automática sobre outras filiações que envolvem política, profissão, classe, sexo, língua, literatura, relações sociais e muitas outras ligações? Ou devem elas ser entendidas como pessoas com muitas filiações e associações cujas prioridades elas mesmas têm que escolher (assumindo a responsabilidade decorrente da escolha racional)?

Todos apresentamos as mais diversas filiações e características – compartilhadas ou não com indivíduos que apresentam outras tantas

filiações e características. Por exemplo, um engenheiro cearense pode ser evangélico, torcedor do Fortaleza Esporte Clube, ter um filho com deficiência e ser doador de sangue. Por que, então, destacar apenas a sua religião, se ele pode congrega-se com outros torcedores do seu time de futebol, unir-se a outros pais de filhos com a mesma deficiência do seu e fomentar publicamente a doação de sangue?

#### **4. “ENTÃO, UM JUDEU NÃO POSSUI OLHOS?”<sup>[8]</sup>**

A centelha que originou o presente artigo partiu da menção feita por Amartya Sen, em sua obra ora analisada, da resposta dada por Shylock à provocação de Salarino, que perguntou a este para que lhe serviria a libra de carne de Antônio:

SHYLOCK: Para cevar os peixes. Se para mais nada servir, alimentará minha vingança. Ele me cobriu de opróbrio, impediu-me de ganhar meio milhão; riu-se de minhas perdas, ridicularizou meus lucros, menosprezou minha nação, dificultou meus negócios, esfriou meus amigos, esquentou meus inimigos; e, que razão tem para fazer tudo isso? Sou um judeu. Então, um judeu não possui olhos? Um judeu não possui mãos, órgãos, dimensões sentidos, afeições, paixões? Não é alimentado pelos mesmos alimentos, ferido com as mesmas armas, sujeito às mesmas doenças, curado pelos mesmos meios, aquecido e esfriado pelo mesmo verão e pelo mesmo inverno que um cristão? Se nos picais, não sangramos? Se nos fazeis cócegas, não rimos? Se nos envenenais, não morremos? E se vós nos ultrajais, não nos vingamos? Se somos como vós quanto ao resto, somos semelhantes a vós também nisto. Quando um cristão é ultrajado por um judeu, onde coloca ele a humildade? Na vingança. Quando um judeu é ultrajado por um cristão, de acordo com o exemplo cristão, onde deve ele pôr a paciência? Ora essa, na vingança! A perfídia que me ensinais, eu a porei em prática. Ficarei na desgraça, se não superar o ensino que me destes.

Trata-se de trecho convertido em incontáveis monólogos e adaptações, no teatro e no cinema, que demonstra como as pessoas contêm inúmeras filiações alheias à religião, sendo indevida, conforme Amartya Sen, a “visão unicamente divisional da população mundial”, a qual “vai contra não só a antiga crença de que ‘as pessoas são mais ou menos iguais no mundo inteiro’, mas também contra o importante e esclarecido entendimento de que somos diferentes de muitas maneiras diversas”<sup>[9]</sup>.

Shylock também põe em xeque a perspectiva cristã-ocidental de sua superioridade civilizacional. Se naquela comunidade se utilizam escravos que são tratados como animais, não poderiam considerar vil e inaceitável a sua exigência pelo cumprimento da penalidade prévia e livremente aceita por Antônio<sup>[10]</sup>:

SHYLOCK: Que sentença devo temer, não havendo feito mal algum? Tendes entre vós numerosos escravos que comprastes e que empregais, como se fossem burros, vossos cães e vossas mulas, em trabalhos abjetos e servis, por que vós os comprastes. Posso dizer-vos: dai-lhes liberdade, casai-os com vossas herdeiras? Por que estão suando debaixo de tanto peso? Por que as camas deles não são tão macias quanto as vossas? Por que não lhes servis os mesmos alimentos que os vossos? Vós me respondereis: “Os escravos nos pertencem”. Muito bem, do mesmo modo eu respondo: Esta libra de carne que reclamo, custou-me muito dinheiro, é minha e eu a conseguirei. Se ela me for negada, anátema contra vossa lei! Não há força nos decretos de Veneza! Quero justiça. Será que conseguirei? Respondei.

De fato, uma análise minimamente detida da História, de acordo com Sen, revela, por exemplo, que, enquanto Giordano Bruno era queimado por heresia em Roma, na virada do século 16, o imperador mongol Akbar – muçulmano – concluía, em Agra, a codificação dos direitos das minorias, que contemplava até mesmo a liberdade religiosa para todos<sup>[11]</sup>.

Eis uma visão das pessoas e civilizações encerradas em compartimentos incomunicáveis e inexpugnáveis. Da mesma forma, Shylock, enquanto judeu, não poderia abandonar tal “papel” nem mesmo diante do simples convite para jantar feito por Bassânio. No entanto, nesse

caso, mais que a mera repulsa de ordem religiosa que havia em relação aos cristãos, Shylock sustenta que pode conviver com “eles” nas mais diversas situações, mas não para jantar<sup>[12]</sup>:

Bassânio: Se quiserdes, podereis jantar conosco.

Shylock: Sim, para sentir o cheiro de porco! Para comer na casa em que vosso profeta, o Nazareno, fez entrar o diabo por meio de exorcismos! Quero comprar convosco, vender convosco, falar convosco, passear convosco e assim sucessivamente; mas não quero comer convosco, beber convosco, nem orar convosco. Quais são as notícias do Rialto? Quem está chegando?

Shylock, além de judeu, pertence ao grupo daqueles que não comem porco, ainda que por razões religiosas. Outros não judeus poderiam pertencer ao mesmo grupo, por razões diversas, assim como outras filiações de Shylock pode ser compartilhadas, como a atividade de emprestar dinheiro, também exercida por Antônio.

Nesse sentido, Sen assevera que “qualquer pessoa é membro de muitos grupos diferentes (sem que isso de modo algum seja uma contradição), e cada uma dessas coletividades , a todas as quais essa pessoa pertence , dá a ela uma identidade potencial que — dependendo do contexto — pode ser bastante importante”<sup>[13]</sup>.

A propósito da atividade compartilhada de emprestar dinheiro, na sequência do mesmo diálogo acima, Shylock aprofunda as razões pelas quais não gosta dos cristãos, aduzindo que estes não cobram juros em suas transações, fazendo “baixar a taxa da usura em Veneza”<sup>[14]</sup>.

No entanto, o ódio de Shylock a Antônio é apenas uma ilustração do embate entre identidades variadas, que não se limita à religião nem à cobrança ou não de juros, como sustenta Gustavo H. B. Franco, no livro “Shakespeare e a Economia”<sup>[15]</sup>:

Aí se chocam o novo e o velho, o empreendedor e o banqueiro, o capitalista e o usurário, o agnóstico e o religioso, o cristão e o judeu. É sempre e



deliberadamente confundindo o sentido pessoal e o impessoal, emocional e o financeiro, do *bond* – termo em inglês que compreende um sentido de contrato ou fiança, mas também a ligação especial entre pais e filhos, amigos e amantes, e também vassallos e seus amos – que une Shylock e Antônio, a saber a equivalência entre os 3.000 ducados emprestados sem juros e a ‘libra de carne’ como multa pelo não pagamento. Está em jogo muito mais que uma discussão a respeito de conceitos novos e velhos sobre juros.

Como adiantado, o negócio havido entre Shylock e Antônio, com a exigência do judeu pela libra de carne, desembocou em uma disputa judicial, diante do doge de Veneza. O magistrado, mesmo demonstrando compaixão pela posição delicada de Antônio, esclarece que nada poderia fazer diante da intransigência de Shylock, o que já era esperado pelo mercador, que já havia admitido que o doge não poderia “impedir o curso da lei<sup>[16]</sup>”.

Antônio reconheceu, ainda, que as garantias encontradas em Veneza, mesmo em favor dos judeus, “não poderiam ser suspensas sem a que a justiça do Estado ficasse comprometida aos olhos dos mercadores de todas as nações cujo comércio faz a riqueza da cidade”.

A identidade associada a uma comunidade, compartilhada entre os venezianos, inclusive pelo doge, ainda que demonstrasse potencial para suplantar as demais filiações verificadas naquele contexto, não poderia violar a justiça que, por meio das consagradas garantias comerciais, mantinha o prestígio e a riqueza de Veneza.

De fato, o entendimento poderia ser outro, se a identidade veneziana e cristã compartilhada naquele contexto prevalecesse, o que estaria consoante a ideia de Sen de que “uma identificação com outros na mesma comunidade social pode melhorar significativamente a vida de todos nessa comunidade; um sentimento de pertencer a uma comunidade é, pois, visto como um recurso – como capital”<sup>[17]</sup>.

No entanto, o valor cultivado naquela comunidade consistente no respeito às garantias e aos costumes mercantis resistiu ao compartilhamento da identidade comunitária havida entre o doge e Antônio, mesmo com o reforço da aversão que se verificava em relação a estrangeiros, notadamente judeus.

Eis a demonstração, por meio de obra literária, de que não se pode substituir “a riqueza de uma vida humana abundante pela estreita fórmula da insistência de que qualquer pessoa está ‘situada’ em apenas um pacote orgânico”, tendo em vista que, mesmo em uma comunidade marcada pela xenofobia, há espaço para a complexidade de grupos plurais e “lealdades múltiplas”<sup>[18]</sup>.

Do contrário, cai-se no reducionismo da “suposição da filiação única”, quando, em verdade, “estamos todos individualmente envolvidos em identidades de vários tipos em condições díspares em nossas respectivas vidas, que surgem de nossos antecedentes, associações ou atividades sociais”<sup>[19]</sup>.

Por essa razão, mesmo tendo afirmado que Antônio fora chamado “para responder a um inimigo de pedra, um miserável humano”<sup>[20]</sup>, que não aceitara sequer a oferta de pagamento do triplo do valor emprestado, o doge manteve o curso normal da querela, que só não teve um desfecho trágico para o demandado graças à intervenção de Pórcia, que irrompe na cena como verdadeiro *deus ex machina*, um elemento inesperado capaz de reverter uma situação que já se mostrava insolúvel.

Quando o julgamento chegava inexoravelmente ao cumprimento da penalidade imposta a Antônio, Pórcia, disfarçada de “jovem e sábio doutor” e por recomendação de Belário, um jurisconsulto veterano, esclarece que Shylock poderia extrair a libra de carne do peito do devedor, mas somente a carne. Nenhuma gota de “sangue cristão” poderia ser derramada. Caso contrário, as terras e os bens do judeu seriam confiscados pelo Estado.

Surpreendido, Shylock passa a aceitar a proposta de pagamento do triplo do valor do empréstimo, mas nova intervenção de Pórcia frustra as suas intenções, advertindo-lhe que, pelas leis de Veneza, quando um estrangeiro, direta ou indiretamente, atenta contra a vida de um membro

daquela comunidade, o ofendido tem o direito de apoderar-se de metade dos bens do agressor, ficando a vida deste à mercê do doge.

Por seu turno, o doge – e aqui reside mais uma diferenciação entre cristãos e judeus elucubrada pela narrativa shakespeariana – sentencia<sup>[21]</sup>:

DOGE: Para que bem vejas a diferença de nossos sentimentos, eu te perdo a vida antes que peças. Quanto a teus bens, a metade pertence a Antônio e a outra metade vai para o Tesouro público. Teu arrependimento pode ainda fazer comutar a confiscação numa multa.

Shylock, revelando apego desmedido aos seus bens, replica que sem recursos já estaria privado de sua existência, pelo que também sua vida poderia ser retirada pelo Estado. No entanto, Antônio estabelece duas condições que são aceitas pelo judeu: converter-se em cristão e deixar, ao morrer, todos os seus bens para a filha e Lourenço, com quem esta fugira para casar-se.

A conversão de Shylock, embora desprovida de qualquer razão de fé, suscita a discussão sobre a possibilidade de se abandonar determinada identidade diante de circunstâncias específicas. Mesmo assim, conforme Amartya Sen, os indivíduos que intentam promover alterações em suas filiações identitárias podem sofrer restrições, as quais “podem ser particularmente rigorosas ao definir-se o grau em que podemos persuadir os outros, em especial, a nos verem de uma forma diferente (ou mais diferente) daquela em que insistem em nos ver”<sup>[22]</sup>. Seria o caso, por exemplo, de um judeu na Alemanha nazista, na qual, não importando as condutas supervenientes que pudessem apresentar, poderia ser vítima da Solução Final engendrada por Adolf Hitler.

Na narrativa de Shakespeare, por outro lado, não se pode assegurar que havia um interesse sincero de Antônio para que Shylock se tornasse cristão – muito menos que o judeu tivesse sido tocado naquele momento por um súbito sentimento de fé cristã –, sendo muito mais plausível que a condição imposta pelo mercador nada mais era que um agravamento da desforra obtida.

Outro ponto da obra em que se revela tal modalidade de restrição, embora alheio ao drama de Shylock, é a declaração do Príncipe do Marrocos, quando de sua candidatura ao casamento com Pórcia, em que, mesmo se orgulhando de sua tez escura, diz que a trocaria apenas para satisfazer a sua pretendida[23].

Contudo, nem sempre seria exigível a renúncia a certas identidades, sendo muitas vezes suficiente uma espécie de suspensão, pela qual se priorizaria uma em detrimento de outras em caso de conflito e a depender da decisão específica. Trata-se da possibilidade de relativização das diferentes filiações que o indivíduo apresenta[24].

## **5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS: UM OLHAR PARA A ATUALIDADE**

A partir do cotejo entre a narrativa shakespeariana de fins do século XVI e a obra de Amartya Sen, pode-se lançar um olhar ao presente, quando se verifica um acirramento da desconfiança em relação aos muçulmanos, tendo em vista os atentados terroristas que têm ocorrido em todo o mundo, principalmente na Europa.

Assim como em “O Mercador de Veneza” a vilania de Shylock é recorrentemente atrelada à sua condição de judeu, temos observado associações generalizadas e irrefletidas do terrorismo à religião islâmica. A cada explosão em uma grande cidade europeia ou a cada tiroteio ocorrido nos Estados Unidos da América, espera-se a reivindicação de autoria por parte de alguma facção fundamentalista de índole islâmica.

É certo que a maioria dos atentados sofridos no Ocidente ostenta fundo religioso, especificamente islamita. Não está em discussão a motivação religiosa de tais grupos, ainda que por distorção do que se convencionou chamar de “islã verdadeiro”. O que se deve evitar é o foco na classificação religiosa dos indivíduos, que é importante, mas que, isoladamente, “não só deixa escapar outras preocupações e ideias significativas que movem as pessoas como também cria o efeito de geralmente ampliar a voz da autoridade religiosa”[25].

De fato, ainda que as organizações terroristas reclamem para si a perfeita interpretação do Corão, revelando o seu móvel religioso, estender a identidade violenta destas aos muçulmanos em geral contribui para a simplificação indevida do problema, afinal o mundo não é uma mera “federação de religiões e civilizações”[26].

Igualmente imprecisa é a generalização oposta, de que, na verdade, os membros da civilização islâmica compartilham indistintamente uma cultura de paz e boa vontade, o que faz incidir sobre todos eles um estereótipo que desconsidera as suas inúmeras classificações internas[27].

Não se busca, com estas conclusões, trazer o diagnóstico preciso acerca do terrorismo e dos conflitos modernos em geral, mas é necessário examinar essa complexa problemática levando em consideração “eventos e maquinações contemporâneas”, isto é, contextos específicos que alçaram certos grupos terroristas à condição de ameaçar a incolumidade dos cidadãos até das nações mais poderosas e tidas como seguras[28].

Em suma, não se pode sucumbir à compreensão lamuriosa de Antônio sobre o mundo: “um palco onde cada homem deve representar um papel e onde o meu é de ser triste”[29]. Embora sob o manto lírico da fala de uma personagem, a frase revela o pensamento reducionista aqui discutido, pelo qual cada pessoa tem uma determinada posição na sociedade, específica, bem definida e estanque. O triste não pode ser feliz, e os papéis desempenhados não podem ser trocados, assim como os conflitos “seriam” rixas antigas que presumivelmente colocam os atores de hoje em papéis predeterminados em uma peça presumivelmente ancestral”[30]. Eis a ilusão da identidade singular.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCO, Gustavo H. B.; FARNAM, Henry W. **Shakespeare e a economia**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2009.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015.

**Notas:**

[1] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 1407 (e-book).

[2] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 669 (e-book).

[3] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 33.

[4] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posições 3828-3830 (e-book).

[5] Idem, posição 4139.

[6] Ibidem, posição 134.

[7] Ibidem, posições 3552-3561.

[8] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, página 63.

[9] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 1236 (e-book).

[10] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 88.

[11] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 601 (e-book).

[12] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 29.

[13] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 1244 (e-book).

[14] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 29.

[15] FRANCO, Gustavo H. B.; FARNAM, Henry W. *Shakespeare e a economia*. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2009, p. 67.

[16] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 77.

[17] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 337 (e-book).

[18] Idem, posição 699.

[19] Ibidem, posição 761.

[20] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 85.

[21] Idem, p. 88.

[22] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 895. (e-book).

[23] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 35.

[24] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 864.

[25] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 541.

[26] Ibidem, posição 545.

[27] Ibidem, posição 1175.

[28] Ibidem, posição 1184.

[29] SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 20.

[30] SEN, Amartya. *Identidade e violência – A ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015, posição 1184 (e-book).

## RELAÇÕES DE VIZINHANÇA NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

**ROMERO SOLANO DE OLIVEIRA MAGALHAES:**  
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar as principais características do condomínio edilício, especificamente questões relacionadas à conciliação do exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança. Para tanto, são trazidas opiniões de autores, aspectos legais e o entendimento dos tribunais pátrios acerca de temas polêmicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Condomínio edilício. Relações de vizinhança.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Condomínio edilício: definição e características; 2. Direitos e deveres dos condôminos; 3. Condomínio edilício e sociedade; 4. Relações de vizinhança; 4.1. Uso nocivo da propriedade; 4.2. Áreas comuns; 4.3. Destinação do edifício; 4.4. Animais; 4.5. Visita de terceiros; 4.6. Alteração da fachada; 4.7. Garagem; 5. Punições; Conclusão; Referências.

---

### Introdução

Após a 1ª Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 e 1918, o mundo vivenciou uma época de grande desenvolvimento industrial. Tal desenvolvimento acarretou aumento demográfico e também valorização dos terrenos urbanos.

Surgiram, nesse contexto, diferentes formas de aproveitamento do espaço, devendo-se destacar a ideia de instituir condomínios em prédios, os quais seriam ocupados por diversos proprietários em andares distintos.

O Decreto-lei nº 5.481, de 25 de Junho de 1928, foi o primeiro diploma do Direito Brasileiro a tratar a matéria do condomínio edilício. O Código Civil de 1916 nada dispôs sobre o assunto. Posteriormente, a lei nº 4591/64, com alterações dadas pela lei nº 4864/65, passou a reger o tema. A referida lei



nº 4591/64 continua em vigor, devendo ela ser aplicada subsidiariamente em relação às normas do Código Civil de 2002. Tal Código contém regramentos acerca do condomínio edilício nos artigos 1331 a 1358, mas são vários os temas não resolvidos por ele, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência.

### **1. Condomínio edilício: definição e características**

Como se infere do próprio termo “condomínio”, nele, várias pessoas possuem o co-domínio (co-propriedade) sobre uma mesma coisa. O condomínio edilício, por sua vez, é o conjunto de propriedades numa edificação, composto por partes exclusivas e partes comuns. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves apresenta a seguinte definição:

“Caracteriza-se o condomínio edilício pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privada. Cada condômino é titular, com exclusividade, da unidade autônoma (apartamento, escritório, sala, loja, sobreloja, garagem) e titular de partes ideais das áreas comuns (terreno, estrutura do prédio, telhado, rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, corredores de acesso às unidades autônomas e ao logradouro público, etc.)”.<sup>[1]</sup>

Acerca da natureza jurídica dos condomínios em edificações, bastante mencionada é a teoria da personalização do patrimônio comum. Trata-se de visão a partir da qual o condomínio edilício é uma pessoa jurídica titular de direitos. Contribui para esse entendimento o artigo 63, §3º, da lei nº 4591/64, não revogado pelo Código Civil, que concede preferência, após a realização do leilão final, ao condomínio, ao qual serão adjudicados os bens. Também colabora com a teoria mencionada o artigo 75, XI, do Código de Processo Civil de 2015, que legitima o condomínio a atuar em juízo, representado pelo administrador ou síndico.

O posicionamento majoritário da doutrina, entretanto, é o de que a personalização do condomínio é insustentável, inexistindo pessoa jurídica titular das unidades autônomas e das partes comuns do edifício. Os titulares dos direitos sobre tais unidades e partes comuns são os condôminos, sendo o condomínio edilício uma modalidade especial de condomínio, resultante da conjugação da propriedade exclusiva e da copropriedade.

São três os atos que constituem o condomínio edilício: ato de instituição, convenção do condomínio e regimento interno.

O ato de instituição, previsto no artigo 1332 do Código Civil, pode resultar de ato entre vivos ou testamento, sendo obrigatória sua inscrição do condomínio no Registro de Imóveis com a discriminação e individualização das unidades, determinação da fração ideal atribuída a cada uma delas e o fim a que se destina.

A convenção do condomínio, por sua vez, tem como objetivo regular direitos e deveres dos condôminos. Trata-se de lei básica do condomínio, estatuto que prevê, na regularidade da vida condominial, regras para as relações internas entre todos os condôminos e destes com o condomínio edilício. É, segundo Rosenvald, “uma espécie de constituição privada dos co-proprietários, haja vista a sua força cogente, apta a pautar comportamentos individuais”.<sup>[2]</sup>

Nos termos de Nascimento, a convenção de condomínio:

“é um documento escrito, cujo conteúdo adquire validade e eficácia jurídicas a partir do momento em que for subscrito, com ele concordando, por 2/3, no mínimo, de frações ideais. Esse é o quorum qualificado de sua aprovação. Alcançando tal quorum, a convenção, de imediato, adquire validade jurídica e uma eficácia especial, quando se torna obrigatória para os signatários e para os outros que não assinaram e com ela até discordaram”.<sup>[3]</sup>

Importante ressaltar que a força coercitiva da convenção do condomínio ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição. Seus regramentos devem ser seguidos não só pelos condôminos, mas sim por todas as pessoas que ocupam o edifício, adquirentes em caso de revenda, sucessores, prepostos, inquilinos, comodatários, etc.

Estabelece o artigo 1334 do Código Civil itens a serem determinados pelas convenções condominiais. São eles:

“Art. 1334: I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.”

No tocante ao regulamento, ou regimento interno, referido no inciso V do artigo transcrito, pode-se dizer que funciona como complemento à convenção, contendo regras minuciosas sobre o uso comum das coisas. Apresenta normas relacionadas ao dia a dia da vida condominial, como sobre o horário de funcionamento da piscina e utilização de elevadores, por exemplo.

## **2. Direitos e deveres dos condôminos**

É bastante direto o artigo 1335 do Código Civil, inciso I, ao estabelecer que é direito dos condôminos “usar, fruir e livremente dispor de suas unidades”. O mesmo artigo, nos incisos II e III, dispõe que também são direitos dos condôminos “usar das partes comuns, conforme sua destinação e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” e “votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite”.

Conforme é possível observar, nos direitos dos condôminos há uma adaptação do direito de propriedade à particularidade dessa modalidade de convivência social. Cada condômino, que pode alienar, alugar e gravar sua propriedade independente da autorização dos demais, possui o direito de usar sua unidade autônoma como quiser desde que não prejudique os demais condôminos.

Cumprido ressaltar, portanto, que tais direitos devem ser analisados em conjunto com os deveres dos condôminos, listados nos incisos (I a IV) do artigo 1336 do Código Civil de 2002:

“Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.”

As despesas a cujo pagamento se sujeitam os condôminos são, normalmente, as que interessam a segurança, estrutura e conservação do condomínio. O pagamento delas é, na verdade, obrigação *propter rem*, devendo ser suportada por quem tiver com a coisa em seu domínio.

Não pagando sua contribuição, o condômino “ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito”, nos termos do §1º do referido artigo 1336.

Os condôminos estão sujeitos ainda às normas de boa vizinhança, não podendo, portanto, usar nocivamente a propriedade. O transcrito inciso IV determina como deve o condômino obedecer às normas de boa vizinhança, não podendo o condômino ou locatário, em hipótese nenhuma, praticar atos que venham a causar prejuízos ou afetar o sossego dos demais moradores e vizinhos da edificação.

### **3. Condomínio edilício e sociedade**

A vida em sociedade gera, inevitavelmente, inúmeros conflitos. Não é por outra razão que as leis surgem, objetivando dirimir os comuns conflitos sociais. O condomínio edilício, nesse contexto, é uma reprodução em menor escala do cenário da sociedade.

Eduardo Beil e Álvaro Borges de Oliveira, concordando com esse entendimento, escrevem:

“(…) da mesma forma do que numa sociedade específica – um país, por exemplo – no condomínio edilício existe um síndico, que reproduz a figura do Poder Executivo; uma Assembleia Geral que representa o Poder Legislativo; um Conselho que fiscaliza contas (como um Tribunal de Contas, ou como o Ministério Público, por exemplo) e auxilia o síndico em suas decisões (Conselho da República, Ministros, etc.). Igualmente, há tanto na assembleia, quanto no síndico e no conselho, figuras que equivalem ao Poder Judiciário, eis que aplicam sanções frente ao descumprimento de normas, decidem sobre a permissão ou não de obras, alterações e outros pedidos mais. Há ainda no condomínio edilício uma convenção, como que uma lei suprema, equivalente a uma Constituição, e um regimento interno, muitas vezes destinado a questões menores ou à

disciplina pormenorizada do uso da propriedade e da preservação do direito de vizinhança”.<sup>[4]</sup>

Conforme visto, a situação característica do condomínio edilício é a de justaposição de propriedades distintas, individualizadas, ao lado de propriedades comuns. Cada condômino tem o exercício do seu direito limitado pelas obrigações especiais que decorrem de possuí-lo num edifício com outras unidades autônomas.

Como se observa, não se pode dar vazão a uma liberdade que reflita poder absoluto. Institui-se o exercício do direito dominial desde que se respeitem os bens jurídicos alheios, estando o direito à propriedade, que é assegurado pela Constituição Federal, condicionado ao atendimento de sua função social.

Deve-se entender que uma propriedade cumpre sua função social quando é explorada de forma eficiente, propiciando bem-estar à coletividade. Portanto, é possível que um proprietário sofra determinada restrição ao direito de explorar sua propriedade em nome da boa convivência, paz social e em favor da harmonia que deve imperar nas relações de vizinhança.

Tais relações de vizinhança serão tratadas a seguir, a partir de temas que frequentemente são objetos de discussões entre condôminos.

## **4. Relações de vizinhança**

### **4.1. Uso nocivo da propriedade**

A grande dificuldade em relação ao tema “uso nocivo da propriedade” reside em identificar o que de fato é nocivo e anormal. Extrema intolerância ou insensibilidade do condômino vizinho não são parâmetros para a conclusão acerca da nocividade da conduta, o que permite afirmar que a análise deve levar em conta o “homem médio”, com certo grau de subjetivismo, apesar da existência de diretrizes estabelecidas no ordenamento.

Trouxe o Código Civil uma norma genérica acerca da proteção à propriedade. Dispõe seu artigo 1277:

“o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único: Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

Os atos ilegais e os abusivos são exemplos de interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde capazes de causar conflitos de vizinhança. Podem ser diferenciados, segundo Carlos Roberto Gonçalves, da seguinte maneira:

“Ilegais são os atos ilícitos que obrigam à composição do dano, nos termos do art. 186 do Código Civil, como, por exemplo, atear fogo no prédio vizinho, ainda que não existisse o supratranscrito art. 1.227, prejudicado estaria protegido pela norma do art.186, combinada com o art. 927, caput, do mesmo diploma que lhe garantem o direito a indenização. Se o vizinho, por exemplo, danifica as plantações de seu confinante, o ato é ilegal e sujeita o agente à obrigação de ressarcir o prejuízo causado. Abusivos são os atos que, embora o causador do incômodo se mantenha nos limites de sua propriedade, mesmo assim vem a prejudicar o vizinho, muitas vezes sob a forma de barulho excessivo. Consideram-se abusivos não só os atos praticados com o propósito deliberado de prejudicar o vizinho, senão também aqueles em

que o titular exerce o seu direito de modo irregular, em desacordo com a sua finalidade social”.<sup>[5]</sup>

São hipóteses frequentes de uso nocivo da propriedade a poluição de águas, emissão de fumaça ou fuligem, criação de animais que exalem maus cheiros, produção de ruídos excessivos, festas noturnas, trepidações e criação de perigo em geral.

Trata-se evitar o uso nocivo da propriedade um dever de vizinhança de caráter negativo: na utilização da unidade, bem como das partes de comum acesso, o condômino não deve ter conduta prejudicial aos bons costumes, ao sossego, à salubridade e segurança dos demais possuidores.

#### 4.2. Áreas comuns

Nos termos do 3º da lei nº 4.591/64, o terreno em que se levantam a edificação ou conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, teto, áreas internas de ventilação, demais dependências de uso comum dos condôminos, tais como elevadores, jardins, piscinas e churrasqueiras constituem condomínio de todos.

As áreas comuns são insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino, dispendo o artigo 19 da mencionada lei que não se deve causar danos ou impedimentos aos demais condôminos, sob pena de multa estabelecida na convenção (artigo 21).

#### 4.3 Destinação do edifício

Consoante exposto quando abordado os atos que constituem o condomínio edilício, a destinação genérica do edifício deve ser pré-estabelecida no ato de instituição. Isso significa que ele deve explicitar se o condomínio é residencial, não residencial ou misto.

O artigo 10, III, da lei nº 4591/64, prescreve que o condômino não pode destinar sua unidade à utilização diversa da finalidade do prédio. Nesse sentido, observa-se:



APELAÇÃO - CONDOMÍNIO EDILÍCIO - DEVER DO CONDÔMINO - DAR À SUA PRTE A MESMA DESTINAÇÃO DA EDIFICAÇÃO - EQUIPAMENTO - INSTALAÇÃO EM ÁREA COMUM DO EDIFÍCIO - INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 1. Em condomínio edilício, devem os condôminos dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, não as utilizando de maneira prejudicial ao sossego e à segurança dos demais possuidores. 2. Não havendo autorização do condomínio, não pode o condômino instalar qualquer equipamento em área comum do edifício. (TJ-MG, Relator: Maurílio Gabriel, Data de Julgamento: 20/03/2014, Câmaras Cíveis / 15ª Câmara Cível)

Desviar a destinação do condomínio é uma grave infração à convenção e à lei, devendo o síndico tomar as providências, inclusive judiciais, contra os infratores, sejam eles os próprios condôminos, seus familiares, inquilinos, prepostos, etc.

#### **4.4. Animais**

Com relação à manutenção de animais no edifício, Carlos Roberto Gonçalves[6] explica que deve haver disposição pertinente na convenção sobre o tema. Se a convenção for omissa, não poderá ser censurada, em princípio, a conduta de manter animais. Se ela vedar apenas a presença de animais que causam incômodos aos vizinhos ou ameaçam a segurança deles, as questões que surgirem serão dirimidas no caso concreto, em função da prova dessas situações de fato.

Havendo proibição genérica, atingindo animais de qualquer espécie, esta poderá se mostrar exagerada na hipótese de um condomínio possuir um animal de pequeno porte e inofensivo. Esse vem sendo o entendimento dos tribunais pátrios há bastante tempo, conforme se depreende do seguinte julgado:

“COMINATÓRIA. ANIMAL DOMÉSTICO EM APARTAMENTO. AÇÃO DO CONDOMÍNIO. DECISÃO PROIBITIVA APROVADA EM ASSEMBLEIA – INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO E À SEGURANÇA. DECISÃO ACERTADA. APELO IMPROVIDO. A decisão condominial aprovada em assembleia geral e regulamentar haverá de ser acatada pelos condôminos. Porém, não subsiste a mandamento judicial quando questionada. Provado nos autos que o animal doméstico de pequeno porte é dócil, não perturba o sossego e a segurança dos demais condôminos, a proibição decidida em assembleia não pode prevalecer, pois viola o direito de propriedade e de liberdade do cidadão. Apelo conhecido e improvido”. (Ap. Civ. 67796700; Londrina; j. 06.06.1994; unânime; pub. 17.06.1994).

No mesmo sentido:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Pleito ajuizado por condomínio em face de condômina que mantém cão no interior de apartamento, sob o fundamento de que a convenção condominial veda a presença de qualquer animal - Sentença de improcedência - Inconformismo do autor - Cão de pequeno porte e dócil, cuja presença não se mostra nociva ou prejudicial aos demais condôminos -Invocação da norma proibitiva que constitui “injustificável apelo ao formalismo” - Orientação jurisprudencial e doutrinária neste sentido -Manutenção da r. sentença - Apelo improvido”. (TJ-SP - Apelação APL 994080432080 SP (TJ-SP) Data de publicação: 28/10/2010)

#### 4.5. Visita de terceiros

A inovação do Código Civil de 2002 ao estatuir o dever dos condôminos de preservar os bons costumes pode causar dúvidas acerca da possibilidade ou não de recebimento de certas visitas pelo condômino.

Nada impede, entretanto, à luz da liberdade individual, que o proprietário da unidade receba as visitas que desejar. Aos vizinhos, não cabe alegar descumprimento dos bons costumes pelo fato de o condômino levar amantes ao seu apartamento, por exemplo. Desde que não haja escândalos, algazarras e atuação que ultrapasse os limites do razoável, está garantido às pessoas adultas o direito ao livre exercício de suas preferências sexuais.

#### 4.6. Alteração da fachada

Conforme visto, é dever dos condôminos não modificar a forma nem a cor da fachada, das partes e das esquadrias externas (art. 1336, III, Código Civil). Desse modo, nenhum condômino pode, do modo que desejar, realizar modificação arquitetônica na fachada do edifício, pintar suas paredes e esquadrias. Tais alterações dependem de concordância unânime dos condôminos, nos termos do artigo 10, §2º, da lei 4591/64.

A regra parece simples, mas na prática é bastante complexa. As dificuldades começam na definição do que é alteração de fachada. Pendurar uma planta na parede da varanda, colocar uma antena de TV para fora da janela ou mudar a cor das portas do hall do elevador são exemplos de alteração de fachada, externa e interna.

Comentando os dispositivos citados, Tartuce esclarece:

*“a proibição de alteração de fachada tem por objetivo a manutenção da harmonia estética do edifício (...). A alteração que em nada implique comprometimento dessa harmonia arquitetônica não é considerada infração (...).” [7]*

No mesmo sentido é a advertência de Carlos Roberto Gonçalves, segundo o qual:

“tem-se admitido pequenas alterações nas fachadas e seu aproveitamento para colação, nas janelas e sacadas, de grades ou redes de proteção, persianas ou venezianas de material diferente (esquadrias de alumínio) do utilizado no restante da fachada, principalmente quando, com o passar do tempo, o material originalmente utilizado não mais existe no mercado, ou quando seu uso se torna obsoleto”.<sup>[8]</sup>

#### 4.7. Garagem

Num condomínio edifício, a garagem é propriedade exclusiva do condômino, mas deve ser vista como acessória à unidade autônoma. Dispõe o artigo 2º, §2º, da lei 4591/64:

"o direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados nas edificações ou conjuntos de edificações será tratado como objeto de propriedade exclusiva, com ressalva das restrições que ao mesmo sejam impostas por instrumentos contratuais adequados, e será vinculada à unidade habitacional a que corresponder, no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno".

Assim, não poderá a garagem ser alienada a estranhos ao condomínio de forma separada da unidade. Isso porque, tratando-se de elemento acessório, não caberá fração ideal ao adquirente da vaga de garagem. Ficaria este sem os direitos e deveres dos condôminos, numa posição incompatível com a ideia de condomínio.

Nesse contexto, a alienação da garagem a outro condômino é admissível, sendo imprescindível que as alterações sejam averbadas nas escrituras das unidades.

Eis a redação do artigo 2º, §1º, da lei 4591/64: "o direito de que trata o §1º deste artigo poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada a sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio".

Cumprе ressaltar que não havia, até 2012, óbice à cessão ou aluguel da vaga de garagem a terceiros. No referido ano, porém, foi publicada a lei nº 12.607/2012, a qual alterou o §1º do artigo 1331 do Código Civil. Este passou a vigorar da seguinte forma: "§1º. As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio".

## 5. Punições

O Código Civil não deixa sem punição aqueles condôminos que descumprem as regras para o bom convívio em condomínios edilícios. Os artigos 1336 e 1337 do Código estabelecem a possibilidade de impor multas pecuniárias aplicáveis em casos de infração às normas condominiais (art. 1336, § 2º).

O valor da multa, em caso de reiteradas infrações, pode ser de até um quántuplo da cota condominial. Tal multa é possível ser imposta, inclusive, ao condômino que reiteradamente não paga sua cota, sobrecarregando os demais.

O parágrafo único do artigo 1337, por sua vez, permite que se aplique multa correspondente a dez vezes o valor da cota condominial ao "condômino que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores".

Observa-se que o Código Civil não traz expressamente a possibilidade de exclusão do condômino por seu comportamento antissocial. Também não há, na lei, nenhum impedimento a que os condôminos regulem, na convenção de condomínio, novas formas de sanção compatíveis com o ordenamento jurídico além das multas já previstas. São dois assuntos, exclusão de condômino e regulação de novas sanções, ainda não pacificados na doutrina e jurisprudência.

Quanto à exclusão, parece-nos adequado o posicionamento que admite a exclusão do condomínio cuja permanência é abusiva e perigosa. A decisão de proibi-lo de ficar no condomínio não atinge o direito de propriedade do mesmo, apenas limita o seu direito de habitar aquele espaço em prol da coletividade. Ressalta-se que a decisão de exclusão deve ser tomada em assembleia dos condôminos, só devendo ser assim decidido quando as infrações se tornarem de fato insuportáveis e as multas impostas não proporcionarem mudança de comportamento.

Nesse mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. DIREITO CIVIL. COISAS, PROPRIEDADE. Exclusão do condômino nocivo. Impossibilidade convivência pacífica ante a conduta antissocial do condômino. Apelo não provido. Unânime. (...) Assim, em que pese não haja previsão expressa a amparar a pretensão de exclusão do réu do condomínio autor, uma vez que o art. 1.337 do CC/2002 não contempla tal possibilidade, pode o magistrado, verificando que o comportamento antissocial extravasa a unidade condominial do “infrator” para as áreas comuns do edifício, levando o condômino à impossibilidade de corrigir tal comportamento mesmo após a imposição do constrangimento legal – multa -, decidir pela exclusão do proprietário da unidade autônoma, continuando este com seu

patrimônio, podendo ainda dispor do imóvel, perdendo, entretanto, o direito de convivência naquele condomínio. (TJRS. Apelação cível n.º 70036235224. 17ª Câmara Cível. Desembargador Relator Bernadete Coutinho Friedrich. Julgado em 15/07/2010).

No tocante à regulação de novas sanções, considera-se admissível a adoção de medidas alternativas de punição quando o condômino é reincidente em infrações que perturbam o bom convívio social. Conforme ensina Rubens Carmo Elias Filho:

“nada se verifica de regular na restrição de uso das áreas comuns e na supressão de fornecimento de serviços essenciais, quando possível. Obviamente, tais medidas devem ser precedidas de aprovação em assembleia geral especialmente convocada para tal finalidade, observando o quórum específico para a regulamentação das áreas e serviços comuns, sempre com o objetivo de preservar o condomínio e seu síndico de responsabilidade civil e criminal, por eventuais excessos”.<sup>[9]</sup>

Entretanto, em se tratando de inadimplência da cota condominial, a suspensão dos direitos do condômino de utilizar salão de festas, piscinas e outros equipamentos comuns, por exemplo, mostra-se abusiva. Isso porque, apesar de devedor, o condômino é proprietário das áreas e coisas comuns, não podendo ter os seus direitos de usar e gozar limitados pela convenção ou assembleia que estabelecer a punição alternativa. Aliás, o condomínio tem meios jurídicos próprios para a cobrança da dívida, através dos quais bens penhoráveis do condômino inadimplente serão buscados.

Foi esse entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>[10]</sup> ao entender que as penalidades previstas em lei limitam-se às penas pecuniárias e à restrição do artigo 1335, III, os quais devem ser interpretados restritivamente. O Tribunal considerou que fere os direitos fundamentais dos

condôminos a aplicação de sanções diversas aos inadimplentes, ainda que previstas na convenção, particularmente as que impossibilitam a utilização de áreas e coisas comuns.

### **Conclusão**

Limitar o uso da propriedade, notadamente em condomínios edifícios, é assunto polêmico e que não é bem definido legalmente. Os conflitos são intrínsecos à vida em sociedade, de modo que constantemente surgem os mais variados deles, devendo o caso ser analisado pelos tribunais pátrios em suas peculiaridades.

A convenção do condomínio é importante instrumento de organização interna nos condomínio edifícios, devendo respeitar os institutos legais e constitucionais. Não tratando as leis que regulam o condomínio edifício de vários assuntos objetos de conflitos entre vizinhos, cabe aos tribunais pátrios estabelecer contornos, balizando-se na função social da propriedade.

### **Referências**

BEIL, Eduardo; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A limitação ao direito de propriedade nos condomínios edifícios e sua função social**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1501](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1501)> Acesso em: 3 fev. 2015.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. **As despesas do condomínio edifício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇAÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 4: Direito das Coisas, 4ª ed. São Paulo: Método, 2012.



**Notas:**

[1] GONÇAÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 399.

[2] ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004. P. 205

[3] NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003. P. 142.

[4] BEIL, Eduardo; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. A limitação ao direito de propriedade nos condomínios edifícios e sua função social. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1501](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1501) > Acesso em: 3 fev. 2018.

[5] GONÇAÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 353.

[6] GONÇAÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 418.

[7] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 4: Direito das Coisas, 4ª ed. São Paulo: Método, 2012. P. 285

[8] GONÇAÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 417.

[9] ELIAS FILHO, Rubens Carmo. **As despesas do condomínio edilício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 195.

[10] TJSP, Ap. 445.634.4/3-00 – Campinas, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 27-9-2007.

GEOVANNA CLEMENTINO RABELO AGUIAR

**A ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS PRIVADOS PELA  
UNIÃO – O CASO FINOR**

Recife

2015

## RESUMO

Na década de 50, o Nordeste era desintegrado dos principais centros econômicos do Brasil, que experimentavam saltos de desenvolvimento. Os problemas do baixo rendimento da região eram das mais diversas ordens e rementiam, sobretudo, a uma política oligárquica, representada economicamente por uma agricultura de latifúndios, aliada a uma baixa produtividade. Nesse sentido, surgiu a necessidade de uma política incentivadora do desenvolvimento da região com o intuito de a reestruturar em seus aspectos econômico e social. Assim, com base em modelos de políticas de desenvolvimento regional adotados por países vizinhos, como Chile, México, Peru e Venezuela, assim como os desenvolvidos na Itália, na Alemanha e na Inglaterra, o governo brasileiro delineou uma estratégia para impulsionar o desenvolvimento da Região Nordeste. Surgiu, dessa forma, primeiramente, o Sistema 34/18 e, posteriormente, o FINOR – Fundo de Desenvolvimento do Nordeste e o FINAM – Fundo de Desenvolvimento da Amazônia, os dois últimos instituídos pelo Decreto-Lei nº. 1.376/74 (posteriormente, adaptado pela Lei nº. 8.167/91).

O atual posicionamento de parte da jurisprudência nacional vem construindo precedentes baseando-se na tese de que o fundo possui natureza pública e, portanto, as quantias devidas, decorrentes de projetos cancelados (art. 12, §1º da Lei 8.167/91), deveriam retornar aos cofres públicos. A ausência de adimplemento pelas Empresas Beneficiárias desse montante, hipoteticamente, causaria dano ao erário, tornando as cobranças desses recursos imprescritíveis (art. 37, § 5º da CF/88). No presente trabalho estudar-se-á, especificamente, o Fundo de Investimento do Nordeste, demonstrando a sua natureza privada e, conseqüentemente, o retorno dos recursos decorrentes do cancelamento de projetos incentivados (art. 5º da Lei 8.167/91) ao referido fundo.

Palavras- Chave: Finor, União, SUDENE, Renúncia Fiscal, Banco do Nordeste do Brasil, Empresa Optante, Empresa Beneficiária, recursos privados;

## Sumário

Sumário.....	12
1. Introdução aos Problemas do Nordeste.....	13
2. Política de Desenvolvimento da Região Norte/Nordeste – Criação da SUDENE.....	17
2.1 SUDENE – Breve Resumo sobre estrutura e função .....	19
3. FINOR – Fundo de Investimento do Nordeste .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.1 Sistema 34/18 .....	20
3.2 Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR.....	24
3.2.1 Optante.....	25
3.2.2 Certificado de Investimento.....	26
3.2.3 Empresas Beneficiárias.....	27
4. Da Natureza Privada do Fundo de Investimento do Nordeste .....	29
4.1 Discussão na jurisprudência atual.....	29
4.1 Conceito de Fundo de Investimento .....	30
4.2 Consultas .....	33
4.3 Da Participação Acionária da União no FINOR; .....	37
4.4 Assembleia Constituinte – Caracterização do FINOR como fundo de investimento privado;.....	39
4.5 Da Renúncia Fiscal Definitiva Realizada pela União .....	40
4.5.1 Primeiro Argumento da União: Renúncia Condicional à implantação do Projeto pela Empresa Beneficiária.....	40
4.5.2 Contra-argumento: Renúncia Fiscal Condicional ao direcionamento de parcela do que seria Imposto de Renda pelo Optante .....	41
5. Abordagem do entendimento jurisprudencial da natureza pública do Fundo de Investimento do Nordeste.....	47
5.2 Da Impossibilidade de Inscrição em Dívida Ativa.....	49
5.2.1 Dívida Ativa.....	49
5.2.2 Entradas Compensatórias.....	51
6. Conclusão .....	55

## 1. Introdução aos Problemas do Nordeste

O presente capítulo tem a função de realizar uma análise sucinta dos problemas que assolaram a região do Nordeste, principalmente, na década de 1950, e os fatores que influenciaram a criação de uma política de desenvolvimento regional, com a instituição de um órgão responsável pelo desenvolvimento do local, a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE.

Inicialmente, o trabalho se inicia com uma análise comparativa, na década de 50, entre o Nordeste e as demais regiões do Brasil, demonstrando o atraso e estagnação que o local enfrentava à época. Segundo a Fundação Getúlio Vargas, em grau comparativo com as demais regiões do Brasil, o Nordeste em 1956 produziu uma renda de 102 bilhões de cruzeiros, com uma renda *per capita* correspondente a 5,5 mil cruzeiros, enquanto que a região do Centro-Sul<sup>1</sup>, com praticamente o dobro populacional, auferia uma renda *per capita* de 12.718 mil cruzeiros, conforme o gráfico abaixo:

Quadro 1

POPULAÇÃO E RENDA DAS PRINCIPAIS REGIÕES DO BRASIL  
EM 1956

REGIÃO	População (Mil hab.)	Renda Total		Renda per Capita	
		(Bilhões de Cr\$)	(Milhões de US\$)	(Cr\$)	(US\$)
Norte . . . . .	3 958	25,0	440,9	6 316	111
Nordeste . . . . .	18 714	102,2	1 802,5	5 461	96
Centro-Sul . . . . .	37 135	636,9	11 232,8	17 151	303
BRASIL . . . . .	60 080	764,1	13 476,2	12 718	224

Gráfico I

O índice de renda *per capita* do Nordeste era, em comparação com a Região Centro-Sul, inferior a um terço e revela o baixo desenvolvimento econômico da região, bem como as

condições de vida da população e, em contrapartida, no outro polo destacam-se os grandes investimentos realizados no Centro-Sul do país.

É importante analisar ainda outros fatores em relação a economia do Centro-Sul, com base nos dados censitários de 1955 divulgados pelo Grupo de Trabalho para Desenvolvimento do Nordeste - GTDN<sup>2</sup> que corroboram para exemplificar a estagnação sofrida pela região, por exemplo, a proporção da população ativa no Nordeste é menor em relação a do Centro-Sul, respectivamente, 31.1% contra 33,9 %. Contudo, a proporção é muito maior da população ativa ocupada na agricultura : 71,7% no Nordeste contra 33,9% no Centro-Sul, evidenciando a disparidade no desenvolvimento da industrialização, revelando um Nordeste bastante agrário.

Em relação a quantidade de terras ocupadas pelo homem em trabalhos agrícolas: 1,3 hectares no Nordeste e 2,4 hectares no Centro-Sul. Outro importante dado divulgado pelo GTDN foi a quantidade de capital invertido na agricultura (excetuado o valor das terras): em 1950 para cada hectare de terra cultivado no Nordeste havia 6.300 cruzeiros de capital imobilizado, contra 27.300 cruzeiros no Centro-Sul.

Esses dados evidenciaram o abismo entre as regiões do Brasil, demonstrando que o Nordeste vivia em uma condição muito mais atrasada do que as demais. Ao longo de sua história, com níveis de renda baixos que, por muito tempo, foram insuficientes para manter a população em condições dignas, empurrando seus índices socioeconômicos para os mais débeis do Brasil.

A partir de 1950, a indústria brasileira experimentou apreciável ritmo de crescimento, explicado principalmente, pelo processo de substituição de importações, com todo o seu instrumental de políticas financeira, cambial e fiscal. Todavia o crescimento industrial concentrou-se, notadamente, no eixo Rio-São Paulo, estados que dispunham de condições para aproveitamento da estratégia governamental, traduzidas pela maior disponibilidade relativa de capital, mão-de-obra qualificada, mercado interno em desenvolvimento e capacidade empresarial emergente. Em decorrência, as áreas periféricas sofreram um processo de estagnação econômica. Esse foi o caso do

---

<sup>2</sup> Ministério do Interior – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste – Segunda Edição – SUDENE 2ª Edição. 1967. Recife –PE. Pág. 16

Nordeste que, com sua economia baseada na agricultura de exportação e com seu modesto parque industrial, caracterizado por gêneros tradicionais, passou a suportar a drenagem de divisas aqui geradas em favor da industrialização do Sudeste.<sup>3</sup>

Nesse sentido, o Grupo de Trabalho para Desenvolvimento do Nordeste, antecessor da SUDENE, em seus estudos, buscou sistematizar as principais causas para o referido atraso da região:

Observada na sua totalidade essas diferenças estruturais levam a concluir que duas causas básicas respondem pelo mais baixo nível da renda do Nordeste: **escassez relativa do fator terra e menor acumulação de capital**. Sem embargo, como a acumulação de capital é, por si mesma, sintoma do estado de desenvolvimento...

A falta de suporte físico decorria, principalmente, da ausência de recursos existentes na região, transparecendo tais fatores na própria qualidade de vida da população local, denunciando um ciclo vicioso:

Na verdade, o homem rural do Nordeste tem uma expectativa de vida muito menor do que o homem médio do país, o que significa que, realmente, ele está, durante seu trabalho, durante sua vida, consumindo seu capital mais importante – sua força de trabalho<sup>4</sup>

Ou seja, a falta de desenvolvimento econômico causava uma estagnação econômica e social, exigindo da população, que ali sobrevivia, um esforço físico para subsistir no local, para desenvolver a região, enquanto outras localidades utilizavam outros modos de produção que alavancavam a produtividade.

É nesse contexto que o homem do Nordeste entra no referido ciclo vicioso supramencionado: a população é pobre porque não tem renda suficiente para alavancar o desenvolvimento da região. Conseqüentemente, sem um desenvolvimento não há renda suficiente e começam a faltar empregos/ocupações que distribuam riquezas econômicas na região, fazendo que a sociedade enfrente uma pobreza sem fim.

---

<sup>3</sup> Ministério do Interior, Sudene, Banco do Nordeste do Brasil. O Sistema Finor: Resultados, Sugestões de Aperfeiçoamento. Fortaleza, 1986. Pág 7

<sup>4</sup> Secretaria de Planejamento da Presidência da República, Instituto de Planejamento Econômico e Social, Ministério do Interior, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil. Anais da Reunião de Trabalho sobre Política de Desenvolvimento Rural do Nordeste. Volume 1. Recife, 1984. Pág. 21

Se descêssemos um pouco mais, colocaríamos o desemprego e subemprego na raiz do problema do Nordeste Rural. Ou seja, as pessoas não tem renda porque não tem emprego, emprego no sentido amplo, no sentido de ocupação produtiva.

O desemprego espelha a escassez de ocupações. O subemprego espelha o baixo nível de produtividade que se encontra nas atividades rurais do Nordeste. O baixo nível de produtividade, portanto, ao não gerar um produto suficiente por trabalhador, é que determina que os níveis de remuneração tenham de ser muitos baixos.<sup>5</sup>

Dessa forma, o GTDN, através de suas pesquisas, inicia um trabalho de inversão do determinismo que justificava o atraso da região, dissociando a estagnação econômica e social da região das condições naturais que a castigavam, trazendo para a sociedade questões cruciais:

Contrastando com as abordagens que lhe antecederam, onde predominava a ênfase nas limitações e adversidades climáticas, o relatório do GTDN inverteu o enfoque e os diagnósticos da economia nordestina. Nesse sentido, por exemplo, cabe especial destaque à análise da seca como **crise de produção que se reveste da maior gravidade, devido à incidência com maior intensidade entre os estratos populacionais mais pobres.**<sup>6</sup>

Nesta senda, percebe-se que os problemas do Nordeste, em suma, estão ligados, principalmente, a sua desestruturação econômica em relação as demais regiões e, que tal situação poderia ser invertida com uma política de desenvolvimento lançada para o local:

(...) a expectativa de alguns analistas e de parte do meio acadêmico do Nordeste é a de que, reativados os instrumentos de política regional e alguns incentivos para a implantação de empreendimentos em bases competitivas, a região certamente recuperaria o dinamismo perdido, o que, em certa medida, fortaleceria o universo de oportunidades no âmbito do enfrentamento da questão social e das secas.<sup>7</sup>

Celso Furtado, fundador da SUDENE, sobre o tema declarou:

---

<sup>5</sup> Secretaria de Planejamento da Presidência da República, Instituto de Planejamento Econômico e Social, Ministério do Interior, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil. Anais da Reunião de Trabalho sobre Política de Desenvolvimento Rural do Nordeste. Volume 1. Recife, 1984. Pág. 21

<sup>6</sup> SANTOS, José Maciel. Breves Considerações sobre o Nordeste e a Problemática das Secas. Cadernos Aslegis. v.2, n.5, p. 27-32, maio/ago 1998.

<sup>7</sup> SANTOS, José Maciel. Breves Considerações sobre o Nordeste e a Problemática das Secas. Cadernos Aslegis. v.2, n.5, p. 27-32, maio/ago 1998.



O Brasil tinha possibilidades enormes, retidas; foi só soltar as amarras. E depois da guerra, graças ao controle de câmbio, o país deu um salto. Foi nesse momento que vim para o Brasil. Eu sabia qual era o caminho. Os problemas eram estruturais. Por isso fui investigar por que **o Nordeste estava andando para trás na industrialização.**<sup>8</sup>

Assim, o Governo Brasileiro, diante da situação do Nordeste, enxerga que as bases para as transformações ocorrerem no Nordeste Rural aconteceriam através de uma postura clara e consistente do Estado, este devendo se portar como agente de transformação social, o que justifica a estratégia chamada de “desenvolvimento rural integrado”, que ganhou especial destaque com a criação do sistema de financiamento de recursos para a região, o FINOR.

## **2. Criação da SUDENE**

A situação conjetural do Brasil era marcada pelas desigualdades regionais díspares, enquanto o Sul e Sudeste viviam em crescimento de prosperidade econômica, o Nordeste se encontrava atrasado, arrasado por secas sucessivas que contribuíam para a estagnação do crescimento econômico.

Nesse sentido, surge a necessidade de uma política que incentivasse o desenvolvimento da região Nordeste com o intuito de reestruturar econômico e socialmente a localidade. E se baseando em modelos de políticas de desenvolvimento regional, adotados por países vizinhos como Chile, México, Peru e Venezuela, como também os desenvolvidos Itália, Alemanha e Inglaterra, o Brasil começou-se a pensar em uma estratégia para traçar o desenvolvimento da Região Nordeste.<sup>9</sup>

Nessa perspectiva, no Governo do Presidente Juscelino Kubitschek, a SUDENE, tendo Celso Furtado como um dos principais articuladores para a efetivação, foi criada pela Lei nº 3.692 do Congresso Nacional, como sendo uma das primeiras experiências de Planejamento Regional no Brasil, e tinha como principal objetivo amenizar as desigualdades existentes entre

---

<sup>8</sup> FURTADO, Celso. Seca e Poder. Entrevista com Celso Furtado.

<sup>9</sup> Documento Escrito para a AENE (Associação de Empresas do Nordeste). Política Regional e o Desenvolvimento Econômico do Nordeste. Diagnostico e Sugestões. Recife, 1994.

as regiões no território nacional, de modo a fomentar o desenvolvimento da região mais atrasada por meio de investimento em empresas privadas, provocando uma verdadeira reestruturação econômica social.

O Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste – GTDN, antecessora da SUDENE, realizou diversas pesquisas sobre a possibilidade de implantação de projetos que desenvolvessem a região, eram estudos dirigidos no sentido de efetivar a diminuição das diferenças regionais. Dessa forma, segundo o GTDN, o Estado deveria atuar em setores estratégicos, a exemplo do agrícola e agrário, incentivando a industrialização da região.

Com base no parecer criado pela GTDN, a SUDENE criou o seu primeiro Sistema de Incentivos regionais visando ao desenvolvimento do processo de industrialização da região: o sistema 34/18. Como destaca Carvalho:

A opção por incentivos fiscais, definida no Sistema 34/18, não ocorreu por mero acaso. Na realidade, a escolha seguia diretrizes maiores. O modelo Cepalino de desenvolvimento econômico proposto para os países subdesenvolvidos, o qual atribuía à **indústria** o papel de romper o ciclo vicioso da pobreza, fora escolhido como marco teórico referencial. **A substituição de importações, portanto, deveria ser o pilar desse processo. No entanto, por se tratar de uma região, seria impossível adotar barreiras alfandegárias.** A opção, portanto, foi criar um **sistema de incentivos fiscais, de forma a atrair empresas para a região.**<sup>10</sup>

Na década de 70, diante da novidade do mercado acionário e a dinamização da economia trazida por tais operações, o sistema 34/18 – FINOR sofreu mudanças em sua estrutura, na tentativa de moderniza-lo aos novos anseios do mercado. Conforme consta no relatório da CPI do FINOR:

A criação e o fortalecimento de mercados regionais de ações constituiu um dos objetivos fundamentais da concepção do **sistema de incentivos fiscais do FINOR e demais fundos de investimento regionais.**<sup>11</sup>

Da mesma forma, Carvalho e Brasileiro afirmam que:

---

<sup>10</sup>CARVALHO, Fernanda Ferrário de. Da esperança à crise – a experiência das políticas regionais no Nordeste. Campinas: IE/Unicamp, 2001.

<sup>11</sup> CPI do FINOR (2001, p. 59):

“Um dos principais objetivos dessa concepção de incentivos fiscais para fundos de investimento regional era **criar e fortalecer os mercados regionais de ações**”.<sup>12</sup>

Nesse sentido, por meio do Decreto de Lei nº 3.474/87, foi instituído o atual sistema do FINOR, o qual atraiu diversas empresas para investirem na região e ampliou o sistema.

### **2.1 SUDENE – Breve Resumo sobre estrutura e função**

A SUDENE foi concebida como uma Autarquia diretamente ligada à Presidência da República, formada por uma Secretaria Executiva (composta pelos técnicos e burocratas), e por um Conselho Deliberativo, que seria o lado político da instituição, e agregaria, além de alguns Ministros, os nove Governadores da região Nordeste (Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Maranhão e o Território de Fernando de Noronha) e o de Minas – já que a região Norte desse Estado, no Polígono das Secas, também faria parte da área de atuação da Autarquia.

A Autarquia funcionaria como uma diretora das ações governamentais, coordenando e programando o desenvolvimento regional. Nesse sentido, a SUDENE teria a função de atuar como um ente político, que intermediaria as ações para o desenvolvimento da região.

- 1- estudar e propor diretrizes para o desenvolvimento do Nordeste.
- 2-supervisionar, coordenar e controlar a elaboração e execução de projetos a cargo de órgãos federais, na Região, e diretamente relacionados com o seu desenvolvimento.
- 3– executar, diretamente ou mediante convenio, acordo ou contrato, os projetos relativos ao desenvolvimento do Nordeste que lhe forem atribuídos nos termos da legislação em vigor.
- 4– coordenar programas de assistência técnica, nacional ou estrangeira, ao Nordeste;
- 5-Coordenar as ações do Governo Federal de combate às calamidades públicas do Nordeste.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> CARVALHO, Cristiano Viveiros; BRASILEIRO, Verônica Maria Miranda. Sistema de Incentivos Fiscais para as regiões Norte e Nordeste após a transformação da Sudam e Sudene em Ada e Adene. Brasília, Consultoria Legislativa, 2002.

<sup>13</sup> Ministério do Interior, Sudene, Banco do Nordeste do Brasil S.A. Incentivos Fiscais e Financeiros para investimentos no Nordeste do Brasil. Pág.11

Além de tais objetivos da Sudene, a autarquia se destacava pelas particularidades em sua estrutura, não só devido ao aspecto político, mas também por ser a responsável por aprovar os projetos para desenvolvimento do Nordeste, em última medida, distribuindo renda para as localidades. Celso Furtado sobre o tema, discursou:

Termos que escaparam ao legislador no momento que foi aprovada a lei da SUDENE, quando ainda não tínhamos experiência em um tipo de organização como a SUDENE, **que por um lado é uma agência de planejamento e por outro lado é uma agência de mobilização de recursos financeiros** e que deve, portanto, ter muito maior flexibilidade que uma repartição pública comum.<sup>14</sup>

Outrossim, na sua concepção original, a SUDENE atuaria como um ente político, que intermediaria as ações do governo federal nos Estados nordestinos. O desenvolvimento regional como enfoque principal torna-se um elemento na estratégia global do desenvolvimento em si que visa, acima de tudo, a expansão da integração produtiva do mercado interno promovida pela industrialização.

Com base no diagnóstico e nas propostas apresentados pelo GTDN – Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste, a Autarquia deveria atuar no sentido de diminuir as diferenças regionais, e de provocar uma reestruturação econômica e social da região. Em razão disso, torna-se imprescindível que se faça um esforço por compreender como o referido Sistema, inicialmente criado como um importante instrumento para promover o processo de industrialização na região e permitir a redução das disparidades inter-regionais do País, transforma-se, ao longo de sua existência, numa espécie de “vilão” da autarquia de desenvolvimento regional.

## **2.1 Política de Desenvolvimento da Região Norte/Nordeste**

### **2.2 Sistema 34/18**

A SUDENE, observando a necessidade das empresas privadas no desenvolvimento do Nordeste, propôs um sistema, criado por meio da Lei nº 3.995, de 14 de dezembro de 1961, com

---

<sup>14</sup> Celso Furtado. Áudio disponível em <<http://sudene.procondel.org/audio/2014-03-06-11-32-09.MP3>>

o objetivo de atrair para o Nordeste capital privado<sup>15</sup> para promover a industrialização da região, nesse sentido, o artigo 34 da referida Lei<sup>16</sup> concedia às empresas inteiramente nacionais do País deduções do imposto de renda para aplicação em projetos industriais na região.

Dessa forma, o incentivo possibilitava que “qualquer pessoa jurídica do país poderia deduzir até 50% (cinquenta por cento) do imposto de renda devido, para investimento ou reinvestimento em projetos industriais, agrícolas, ou de telecomunicações entre as comunidades da área de atuação da SUDENE.”<sup>17</sup> Ou seja, o Sistema FINOR 34/18 tinha o intuito de atrair as empresas privadas para investimentos na região Nordeste e, conseqüentemente, desenvolvê-las. Nesse sentido, os agentes da relação eram três: a pessoa jurídica situada em qualquer parte do país que na sua Declaração de Imposto de Renda optava por destinar até 50% de seu Imposto de Renda para ser aplicado em projetos no Nordeste, conforme determinação do artigo 18 da Lei nº 4.869 de 1º de dezembro de 1965<sup>18</sup>. Essa pessoa jurídica era denominada de “**OPTANTE**” e tinha interesse em investir no sistema, visto que transformava parte da parcela do Imposto de Renda, diretamente, em investimento em empresas no Nordeste, ou seja, com grande possibilidade, teoricamente, de lucros. Do outro lado do sistema estava a empresa Investidora, que possuía a intenção de criar projetos no Nordeste e para isso utilizava-se dos recursos oriundos do FINOR 34/18. Essa última pessoa jurídica era denominada de “**BENEFICIÁRIA**”, e a ela caberia elaborar, implantar e desenvolver os projetos que seriam

---

<sup>15</sup> Brasil. SUDENE. Dep. Industrialização. Incentivos para a indústria e agricultura do Nordeste,. 5 ed. Recife, Div Documentação, 1969, Recife. Pág 02.

<sup>16</sup> Art 34. É facultado as pessoas jurídicas e de capital 100% nacional efetuarem a dedução até 50%, nas declarações do impôsto de renda, de importância destinada ao reinvestimento ou aplicação em indústria considerada pela SUDENE, de interêsse para o desenvolvimento do Nordeste.

§ 1º A importância a que se refere êste artigo será depositada no Banco do Nordeste do Brasil S.A., fazendo-se o recolhimento em conta especial, com visto da Divisão do Impôsto de Renda ou suas Delegacias nos Estados, e ali ficará retida para ser liberada na conformidade do disposto no parágrafo seguinte.

§ 2º A SUDENE aprovará, a requerimento do interessado, os planos de aplicação da importância retida, e, uma vez aprovados os mesmos, autorizará a sua liberação, que se fará parceladamente, à proporção das necessidades da inversão.

§ 3º Os planos aprovados deverão ser aplicados no prazo de três anos a partir da retenção do impôsto de renda. Esgotado êste prazo, a importância retida se incorporará a renda da União. **(Dispositivo atualmente Revogado)**

<sup>17</sup> Brasil. SUDENE. Dep. Industrialização. Incentivos para a indústria e agricultura do Nordeste,. 5 ed. Recife, Div Documentação, 1969, Recife. Pág 21

<sup>18</sup> Art 18. A alínea " b " do art. 18 da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, e os parágrafos 1º e 3º, do mesmo artigo, passarão a vigorar com a seguinte redação: (Revogado pela Medida provisória nº 2.156-5, de 24.8.2001) b) até 50 % (cinquenta por cento) do valor do impôsto e adicionais não restituíveis referidos neste artigo, para fins de reinvestimento ou aplicação em projetos agrícolas, industriais e de telecomunicações entre comunidades da área de atuação da SUDENE, que esta Autarquia tenha declarado ou venha a declarar, na forma dêste artigo, de interêsse para o desenvolvimento do Nordeste".

1º As emissões de obrigações para os efeitos da alínea " a " supra, não poderão exceder, em cada exercício, de 5% (cinco por cento) da importância do impôsto de renda e adicionais não restituíveis arrecadada no exercício anterior.[...]

criados na região. Por fim, existia a SUDENE, que era a responsável por examinar e aprovar projetos considerados lucrativos, em termos de desenvolvimento econômico e social para a região, bem como fiscalizar a aplicação dos recursos nos referidos projetos.

Desta forma, de acordo com a sistemática da Lei nº 3.995/61, “os investidores forneceriam projetos para a SUDENE, e esses projetos captariam os recursos dos optantes. Assim, já na sua origem, optantes e investidores eram agentes diferentes, e estes últimos tinham de ser figuras jurídicas de capital nacional estabelecidas no Nordeste.”<sup>19</sup>

Em 1963 ocorreram as primeiras alterações com a Lei nº 4.239 de 27 de junho, que aprovou o II Plano Diretor da SUDENE, que abrangia outros setores da economia para beneficiá-los com os recursos oriundos do fundo. Outra importante modificação foi a permissão concedida para as empresas estrangeiras participarem do referido sistema, mas havia ainda a restrição de as receitas derivadas das parcelas de investimentos financiados serem transferidas para o exterior, segundo o artigo 18 da Lei 4.869/65.

Segundo Araújo: “Só a partir daí o sistema de incentivos deslança, com o deslocamento, para o Nordeste, de numerosas filiais das empresas instaladas no Sudeste. Inicia-se de fato o processo de integração produtiva do grande capital industrial, inclusive multinacional”<sup>20</sup>. A partir de então é que se pode dizer que verdadeiramente surgia o Sistema 34/18 (que recebeu essa denominação em função do artigo 34 da Lei 3995/61 e do artigo 18 da Lei 4239/63), cujo funcionamento segue descrito a seguir:

(...) Inicialmente, os contribuintes faziam opção pela dedução de 50% do imposto de renda devido. Os recursos, então, eram depositados no banco operador (o Banco do Nordeste), que, por sua vez, entregava ao optante um documento atestando sua propriedade sobre um montante determinado de ações. Primeiro, a opção dos contribuintes recaía para a região ou setor que iria aplicar os recursos investidos, e, em seguida, em um projeto específico. Os investidores, por sua vez, depois que tinham seus projetos aprovados pela SUDENE, recebiam um documento que os habilitava a captar no mercado de capitais um montante projetado de incentivos.

Na operação de captação de incentivos, os investidores credenciavam corretoras privadas, responsáveis pelo recebimento dos Certificados de Depósitos (ou

---

<sup>19</sup> ARAÚJO, Tânia Bacelar de. Por uma Política Nacional de Desenvolvimento Regional. Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v.30, nº 2, p.144-161, abr-jun 1999. Pág. 3

<sup>20</sup> ARAÚJO, Tânia Bacelar de. Por uma Política Nacional de Desenvolvimento Regional. Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v.30, nº 2, p.144-161, abr-jun 1999. Págs. 3-4

Aplicação) de Incentivos Fiscais; como contrapartida, os contribuintes/optantes recebiam ações (preferenciais, sem direito a voto e com um prazo de carência de 05 anos) dos empreendimentos.

Surgia, assim, “um complexo sistema de intermediação e de negociação entre os investidores e os responsáveis pela execução dos projetos aprovados, que se constituía num mercado de capitais restrito, subsidiado e frouxamente institucionalizado, o mercado de capitais do 34/18”<sup>21</sup>

Em outras palavras, o Optante escolhia destinar parcela do seu imposto de renda a um projeto específico e em contrapartida adquiria um certificado que comprovava a propriedade dos recursos investidos. Posteriormente, por meio de corretoras privadas, os Beneficiários, que tinham seus projetos aprovados, captavam os recursos do fundo para seus projetos com o objetivo de implantá-los na região Nordeste, gerando um aumento de interesse das empresas em investir no local.

Contudo, o Sistema 34/18 começou a enfrentar problemas, gerando diversas críticas a sistemática do Fundo de Investimento. Primeiramente, a escassez de recursos que foi um ponto apontado como gerador de distorções do sistema consequência de dois fatores. Acontece que em 1963, foi criado o Fundo de Investimento da Amazônia -FINAM para o desenvolvimento da região Amazônica e os recursos, anteriormente, destinados integralmente para o FINOR 34/18 foram divididos entre os dois fundos.

O outro fator de grande relevância para a escassez dos recursos do FINOR foi a criação de dois programas: o Programa de Integração Nacional – PIN, criado em 1970, e o Programa de Redistribuição de Terras e Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste – PROTERRA, criado em 1971. Os respectivos programas absorviam 50% das deduções fiscais destinadas aos Fundos (30% para o PIN e 20% para o PROTERRA). A consequência imediata foi que “o sistema passou a operar com pronunciada escassez de recursos, comprometendo o andamento de projetos em

---

<sup>21</sup> CARVALHO, Fernanda Ferrário de. Da esperança à crise – a experiência das políticas regionais no Nordeste. Campinas: IE/Unicamp, 2001. Pág. 46-47

implantação e o ritmo de aprovação de novos projetos que pretendiam se instalar nas regiões beneficiadas”<sup>22</sup>

Tais fatos expuseram os problemas do sistema que recursos limitados não conseguia dar continuidade aos projetos aprovados, levando o Governo Federal a criar, em seu lugar, o Sistema FINOR, através do Decreto-Lei Nº 1.376 de 12/12/74.

### 2.3 Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR

A diferença essencial entre os sistemas 34/18 e FINOR consistia no fato que as empresas, contribuintes do Imposto de Renda pelo Lucro Real passaram a destinar parcela devida, inicialmente do Imposto de Renda, ao Fundo de Investimento, ou seja, não escolheriam mais um projeto para investir diretamente e, sim, no fundo que desejariam aplicar. Por exemplo, caso fosse escolhido o Fundo de Investimento do Nordeste, as deduções do imposto de renda seriam revertidas para o fundo, e o contribuinte passaria a condição de quotista do FINOR, recebendo um Certificado de Investimento, com um valor proporcional ao percentual investido no fundo de investimento. Segundo documento da própria SUDENE, que resume as principais diferenças entre os dois sistemas:

Na verdade, a diferença básica entre os dois sistemas diz respeito, unicamente, à forma segundo a qual são aplicados os recursos. De fato, no ‘sistema 34/18’ o investidor depositava seu incentivo em qualquer banco autorizado e o valor respectivo era transferido para a matriz do BNB, onde ficava depositado em nome do investidor, que **escolhia o projeto** e procedia à subscrição de ações, ou aplicava sob a forma de empréstimo.

No ‘sistema FINOR’, o investidor recolhe o imposto e o incentivo num documento único, cabendo ao Banco do Brasil S/A efetuar remessas periódicas de recursos ao BNB, onde ficam depositados **em nome do FINOR**.

Se no sistema anterior o investidor recebia diretamente da empresa o título resultante da aplicação, no atual, deverá procurar, junto ao BNB ou aos agentes autorizados, o Certificado de Investimento (CI), documento que comprova a sua qualidade de quotista do FINOR e, de posse desse documento, poderá utilizá-lo nas finalidades

---

<sup>22</sup> CPI DO FINOR, 2001, p. 53-54



previstas, inclusive adquirir ações de empresas beneficiárias do FINOR, nos leilões especiais que são realizados nas Bolsas de Valores do País <sup>23</sup>

### 2.3.1 Optante

O sistema FINOR funcionaria da seguinte forma: pessoas jurídicas contribuintes do Imposto de Renda pelo Lucro Real teriam a faculdade de investir nos fundos de investimento, FINOR ou FINAM, por meio de uma destinação ao respectivo fundo de parcela do que seria o Imposto de Renda. Nesse sentido, por meio do pagamento de DARF específico, as parcelas destinadas ao Fundo de Investimento do Nordeste iriam para o Tesouro Nacional, apenas, para fins contábeis, e lá permaneceriam por no máximo 15 (quinze) dias, de onde partiriam para serem destinado ao respectivo fundo.<sup>24</sup> . Então, feito o processamento das opções dos contribuintes e verificada sua regularidade perante a Secretaria da Receita Federal, essa autorizaria o Banco Operador (no caso do FINOR, o Banco do Nordeste) a emitir, em favor do optante, certificados de investimento representativos de quotas escriturais do Fundo escolhido.

“Como se pode daí depreender, os recursos do FINOR são originados do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas de todo o País (nacionais ou estrangeiras) ao exercerem o seu direito de, ao invés de pagarem a totalidade de seu Imposto de Renda (100%) **optarem pela aplicação de uma parte dele (25%) nesse Fundo.**”<sup>25</sup>

Nesse sentido, a pessoa jurídica Optante tornava-se um investidor do fundo, transformando o que seria destinado anteriormente ao Imposto de Renda em um investimento, que alimenta o

---

<sup>23</sup> BRASIL.SUDENE, 1980, p. 29.

<sup>24</sup> Art. 3º A pessoa jurídica que optar pela dedução prevista no art. 1º recolherá nas agências bancárias arrecadoras de tributos federais, mediante Darf específico, o valor correspondente a cada parcela ou ao total do desconto. Vide Decreto nº 1.733, de 1995 Vide Decreto nº 2.259, de 1997

§ 1º O Departamento do Tesouro Nacional autorizará a transferência dos recursos ao banco operador no prazo de quinze dias de seu recolhimento, para crédito ao fundo correspondente, à ordem da respectiva Superintendência de Desenvolvimento Regional.

§ 2º Após decorrido o prazo de que trata o parágrafo anterior, os recursos serão transferidos aos respectivos fundos devidamente corrigidos pela variação do Bônus do Tesouro Nacional Fiscal.

§ 3º Os valores das deduções do Imposto de Renda, expressos na respectiva declaração, serão recolhidos pelo contribuinte devidamente corrigidos pelo mesmo índice de atualização aplicado ao valor do Imposto de Renda, de acordo com a sistemática estabelecida para o recolhimento desse tributo.

§ 4º O recolhimento das parcelas correspondentes ao incentivo fiscal ficará condicionado ao pagamento da parcela do Imposto de Renda.

<sup>25</sup> Ministério do Interior, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, Banco do Nordeste do Brasil S.A.-BNB. As Vantagens Financeiras de Investir no FINOR. Dezembro de 1982. Recife. pág. 9

referido fundo de investimento, adquirindo a condição de quotista do fundo, possuindo, portanto, um valor patrimonial em relação ao fundo.

“Efetuando os Recolhimentos do imposto devido dentro dos prazos estabelecidos pela Receita Federal, a pessoa jurídica optante passa a participar no FINOR com um volume de Recursos igual ao dos recolhimentos incentivados efetuados. Em suma, ela passa a deter um direito sobre os ativos do FINOR.”<sup>26</sup>

“(…) a empresa passa à condição de **cotista do FINOR** e, por isso, neste documento, considera-se que a empresa fez uma aplicação de **seus recursos incentivados diretamente no FUNDO**”<sup>27</sup>

O gráfico abaixo demonstra a primeira “etapa” do esquema do FINOR:

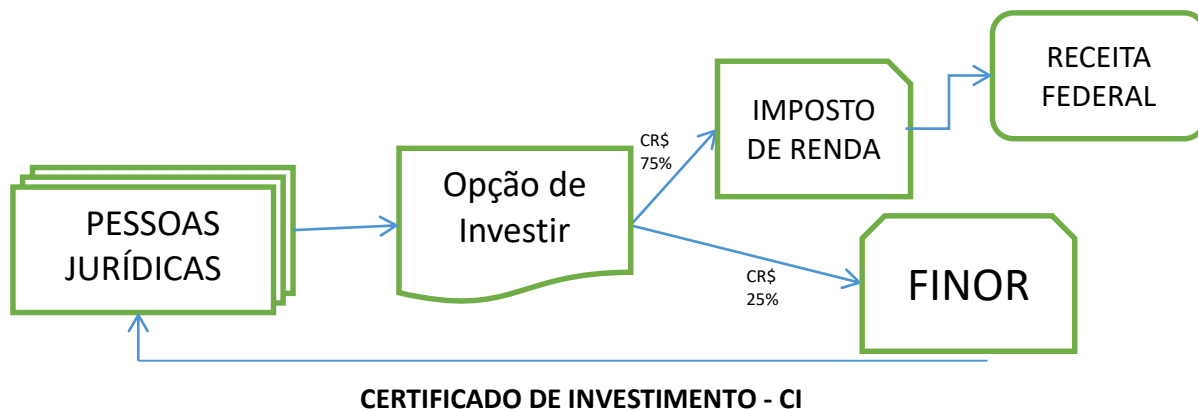


Gráfico II

### 2.3.2 Certificado de Investimento

A condição de cotista do FINOR é assegurada por meio de um documento, conhecido como Certificado de Investimento, fornecida pelo banco operador do Fundo, no exercício seguinte ao recolhimento do incentivo fiscal. Em outras palavras, os Certificados de Investimentos - CI são títulos de propriedade das Pessoas Jurídicas que optam pelo investimento no FINOR e enquanto estiverem com a CI em seu poder manterão a condição de cotista.<sup>28</sup> É facultado ao

<sup>26</sup>Ministério do Interior, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, Banco do Nordeste do Brasil S.A.-BNB. As Vantagens Financeiras de Investir no FINOR. Dezembro de 1982. Recife. pág. 9

<sup>27</sup>Idem ibidem. pág. 10

<sup>28</sup> Disponível em: < <http://www.bnb.gov.br/cotas-do-finor> >

Optante: a) conversão da CI em ações das empresas Beneficiárias do Fundo de Investimento (art.8º, *caput*, Lei 8.167/1991)<sup>29</sup>. Essas ações são negociadas na Bolsa de Valores<sup>30</sup>. b) Negociar com qualquer pessoa física ou jurídica. c) Manter a CI com o intuito de se beneficiar da valorização das cotas do FINOR, além de ser possibilitada a utilização para fins de caução, em caso de concorrência pública, junto aos órgãos federais.

Vale atentar que de acordo com a Resolução nº 1.660, de 26/10/1989 do Conselho Monetário Nacional, as cotas do Fundo de Investimentos do Nordeste – FINOR, somente, poderão ser negociadas nas Bolsas de Valores, por intermédio de Corretoras de Valores Mobiliários, não podendo o Banco vender, resgatar ou comprar as cotas de propriedade dos investidores, em razão de inexistir previsão legal a respeito:

a) troca por ações de empresas beneficiárias do FINOR, em leilões especiais realizados periodicamente, tendo como base de negócio o valor patrimonial da cota do dia útil imediatamente anterior à realização do leilão, obtido do Sistema de Controle Operacional do FINOR - S704, e divulgado nesta página, conforme abaixo, e no Boletim Diário (BD) da BM&F BOVESPA S/A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros, por meio do site ([www.bmfbovespa.com.br](http://www.bmfbovespa.com.br)); ou b) venda direta, tendo como base de negócio o valor de mercado da cota, disponível no site da BM&F BOVESPA S/A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros, código do ativo FNOR11.

### 2.3.3 Empresas Beneficiárias

No outro lado da relação, existia a figura da empresa que captaria os recursos do fundo de investimento, denominado pelo sistema de **Beneficiário**, na qual apresentava um projeto junto a SUDENE, uma carta-consulta com dados cadastrais sobre os acionistas e informações gerais sobre o empreendimento. Após a sua aprovação, a empresa entregaria à instituição o

---

<sup>29</sup> Art. 8º Os Certificados de Investimentos poderão ser convertidos, mediante leilões especiais realizados nas bolsas de valores, em títulos pertencentes às carteiras dos fundos, de acordo com suas respectivas cotações.

§ 1º Caberá à Comissão de Valores Mobiliários, ouvidos as agências de desenvolvimento regional e os bancos operadores, fixar as condições e os sistemas de:

I - conversão de que trata este artigo; e

II - negociação dos certificados de investimentos em bolsas de valores. (...)

<sup>30</sup> Disponível em:

<[http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Composicao\\_e\\_diversificacao\\_da\\_carteira.PDF/f887cf57-9970-4905-b71d-9431be27d58a](http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Composicao_e_diversificacao_da_carteira.PDF/f887cf57-9970-4905-b71d-9431be27d58a)>

projeto detalhado do empreendimento, o qual, também sendo aprovado, permitindo que a empresa recebesse os recursos do Fundo.

Após a aprovação do projeto, os recursos eram liberados para a empresa Beneficiária, de modo que o empresário iria emitir ações para a carteira de Fundos, tornando o FINOR uma espécie de acionista desta empresa. Tais ações seriam lançadas, através de uma Bolsa de Valores, em leilões especiais, permitindo que se realizasse “a permuta das ações dos empresários/investidores pelos certificados de investimento em poder dos contribuintes/optantes”<sup>31</sup> Nessa sistemática, funcionava o FINOR, segue gráfico da segunda etapa:

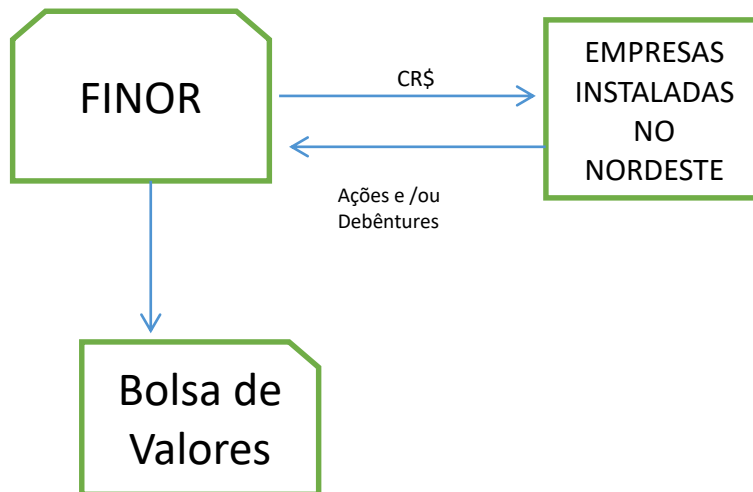


Gráfico III

Importante destacar que as figuras do Beneficiário e do Optante não se confundem, pois este é quem recebe o benefício da Renúncia Fiscal (alimentante do fundo de investimento), é quem investe no fundo FINOR/FINAM e recebe o CI, é, portanto, o portador das cotas do fundo. Já aquele é a empresa que capta recursos do fundo (alimentada pelo fundo de investimento), através de um projeto apresentado na SUDENE, sendo este aprovado, com o intuito de conseguir financiamento para implantar seu projeto (art. 5ª da Lei 8.167/1991; art. 4º, caput, da Lei 1.376/74). Portanto o esquema concluía-se da seguinte maneira:

<sup>31</sup> CARVALHO, Fernanda Ferrário de. Da esperança à crise – a experiência das políticas regionais no Nordeste. Campinas: IE/Unicamp, 2001. Pág. 66

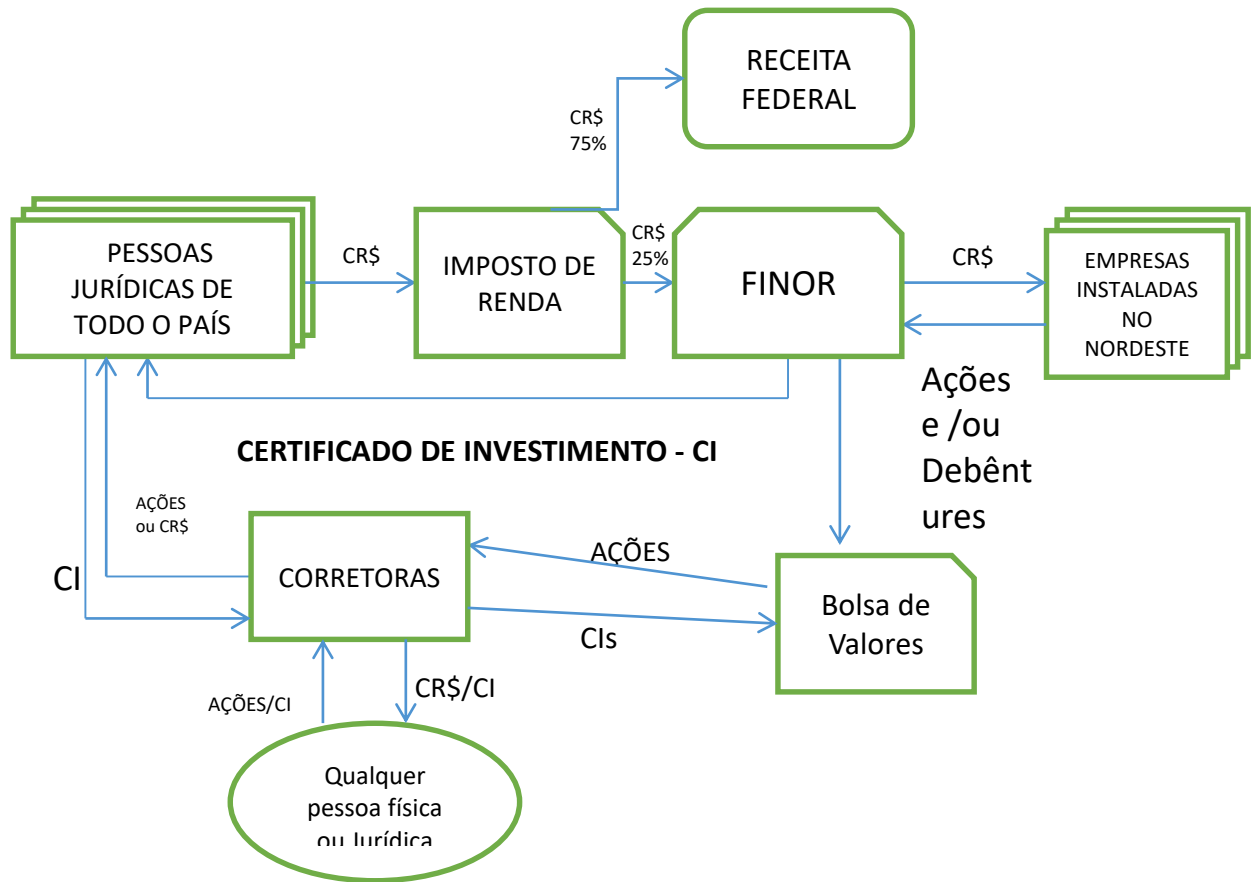


Gráfico IV

Ademais, destaca-se que a SUDENE, conforme já demonstrado no tópico 1.3 do presente trabalho, possuía a função administrativa, no sentido de aprovar os projetos apresentados a captação dos recursos do FINOR, fiscalizar o desenvolvimento dos empreendimentos que possuíam uma função social de contribuir com o desenvolvimento da região.

Contudo, é importante atentar que o Banco do Nordeste do Brasil, mais especificamente, a área da “Diretoria de Ativos de Terceiros” era responsável pela gestão dos recursos, que ficavam alocados em uma conta em titularidade do FINOR.

### 3. Da Natureza Privada do Fundo de Investimento do Nordeste

#### 3.1 Discussão na jurisprudência atual

Diante da exemplificação do mecanismo do sistema FINOR, a primeira conclusão a ser realizada é que os recursos investidos no fundo são de propriedade dos Optantes/Quotistas/Investidores, em razão da escolha realizada por essa Pessoa Jurídica de destinar parcela do que seria Imposto de Renda ao referido fundo de investimento, recebendo em troca o Certificado de Investimento, que caracterizam quotas/parcelas dos valores do Fundo de Investimento do Nordeste.

Contudo, atualmente, há uma discussão acerca da natureza jurídica do fundo de investimento, haja vista que parte da jurisprudência entende que os recursos do FINOR possuem a natureza pública e, diante de irregularidades nas empresas Beneficiárias, resultando no cancelamento dos projetos (art. 12, §1º da Lei 8.167/1991), os recursos deverão retornar a União que vem, indevidamente, cobrando por meio de Execução Fiscal na modalidade ressarcimento ao erário (nos termos do art. art. 37, §5º, da Constituição Federal. ). São esses os casos a serem analisados no presente trabalho, a cobrança dos recursos fornecidos pelo FINOR com base artigo 4º do Decreto-Lei nº. 1.376/74 e, posteriormente, adaptado ao 5º da Lei nº. 8.167/91, nos casos de cancelamentos de projetos, demonstrando a natureza privada do Fundo de Investimento do Nordeste.

### **3.1 Conceito de Fundo de Investimento**

Com o intuito de conferir uma maior compreensão acerca do tema, faz-se imperioso uma breve análise sobre o conceito de fundo de investimento. O Fundo de Investimento do Nordeste, criado pelo Decreto-Lei nº 1.376, de 12/12/1974, e reformulado pela Lei nº 8.167, de 16/01/1991, tem a função, como já narrado alhures, de constituir um conjunto de recursos, advindo de investimento privado. Dessa forma, a concepção de fundo de investimento seria a captação de recursos individuais, originadas de cada empresa Optante, para a formação de uma aglomeração de recursos maior com a finalidade de investir no desenvolvimento da Região Nordeste por meio de empresas privadas. Parte-se, primeiramente, da ideia de Fundo

de Investimento abordada pelo Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – ANBIMA:

Fundo de investimento é uma comunhão de recursos constituída sob a forma de condomínio, destinada ao investimento em títulos e valores mobiliários, dividida em cotas ideais e administrada por entidade a tanto habilitada junto a autoridade competente.<sup>32</sup>

Nessa perspectiva, o FINOR não possui conotação diversa, pois é formado pela comunhão de recursos com origem na OPÇÃO que as empresas privadas fazem e é operado por uma instituição financeira (Banco do Nordeste do Brasil - BNB). Destacam-se as palavras do Departamento de Gestão dos Fundos de Investimento – DGF1:

**O FINOR esta estruturado como um fundo mútuo de ações e debêntures e, como tal, se baseia num sistema de fluxo de recursos versus fluxo de quotas. À medida que os recursos ingressam no Fundo, são geradas quotas estimadas correspondentes. Com a emissão de Certificados de Investimentos – CIs, essas quotas são colocadas em circulação no mercado onde podem ser negociadas de acordo com as cotações registradas nas Bolsas de Valores.**<sup>33</sup>

Portanto, o FINOR é um fundo de investimento, nas quais as empresas privadas investem recursos, possuindo valores proporcionais aos investidos, tornando-se proprietário de unidades de quantias desse conjunto de valores. Para efeitos de ilustração, destaca-se aqui a figura de um Certificado de Investimento que exhibe justamente esses itens( quantidade de quotas/valores/nome do quotista):

---

<sup>32</sup> Disponível em <http://www.anbima.com.br/mostra.aspx/?id=1000001204> no dia 14/03/2015.

<sup>33</sup> – Disponível em [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527) no dia 17/03/2015.

**FINOR - FUNDO DE INVESTIMENTOS DO NORDESTE**  
INSTITUÍDO PELO DEC.-LEI 1.376, DE 12.12.74 ADMINISTRADO PELA SUDENE - SUPERINTENDÊNCIA  
DO DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE - OPERADO PELO BNB - BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. C.G.C. 07.237.373  
SEDE: FORTALEZA - CE.

**CERTIFICADO DE INVESTIMENTO - CI** N°

C/C/PF  D  QUANT. QUOTAS  VALOR UNIT.  VALOR DO CI

NOME E ENDEREÇO DO QUOTISTA

Fortaleza (Ce),

**FAC-SIMILE**

**bnb**  
BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

O Optante se torna titular de uma fração ideal desses Fundos, direitos esses consubstanciados nos Certificados de Investimento/Quotas escriturais. Por exemplo, em 31/12/2014, o FINOR estava dividido em 470.384.582.507 cotas, frações do seu patrimônio, que somava R\$ 304.890.206,15.<sup>34</sup> Essas quotas pertencem a milhares de Optantes/Investidores espalhados por todo o país, e eram cotadas, a valor de mercado, em R\$ 0,00020, possuindo o valor patrimonial de R\$ 0,00064.<sup>35</sup> Nesse diapasão, é evidenciado a constituição do fundo de investimento em quotas, cujos titulares são os Optantes, com quotas proporcionais aos valores investidos, ou os Investidores, adquirentes das quotas pelo Mercado da Bolsa de Valores.

---

<sup>35</sup> Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2009/25.pdf> no dia 14/03/2015



Ratificando o referido entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a qual possui legitimação para fiscalizar fundos de investimento emitiu em 31.07.1984 o Parecer de nº 055, com o seguinte exposição, segue trecho:

Passemos agora à apreciação da possibilidade de se caracterizar ou não os fundos – FINOR, FINAM, Fiset – como condomínio.

Vejam, portanto, as características comuns:

O fundo recebe um número ilimitado de participantes;

São outorgados poderes a determinada instituição financeira, para que administre o fundo. *In casu*, os administradores são o Banco do Nordeste, o Banco da Amazônia e o Banco do Brasil, respectivamente;

**Os quotistas são proprietários de quotas representadas por certificados de investimento;**

Esses certificados serão negociados em Bolsa, ou serão convertidos por ações integrantes das carteiras dos fundos, mediante leilões realizados em Bolsa de Valores.

**Diante do exposto, não há como negar que o FINOR, FINAM e Fiset se constituem em fundos em condomínio.<sup>36</sup>**

Assim, caracteriza-se que o FINOR é um fundo de investimento mútuo constituído sob a forma de condomínio, possuindo cada unidade da quota um valor patrimonial tendo como proprietário os quotistas, no caso, as empresas Optantes donas dos Certificados de Investimento ou Investidores adquirentes dessas quotas no Mercado de Ações. Diante dos fatos, já desponta a natureza privada do Fundo de Investimento do Nordeste.

### 3.2 Consultas

Por meio do site <http://www.acaoainformacao.gov.br/>, foram realizadas consultas juntos aos Bancos Operadores dos fundos de investimento (Banco do Nordeste do Brasil S.A. e Banco da Amazônia S.A.) sobre a titularidade dos recursos cobrados nas execuções judiciais promovidas pela Fazenda Nacional com o seguinte questionamento:

---

<sup>36</sup> Parecer CVM SJU N 055 -31 07 1984

a) Protocolo nº 99905000131201555, encaminhado via e-SIC, sistema da Controladoria Geral da União - CGU:

O Fundo de Investimento do Nordeste é disposto em forma de condomínio, constituído por quotas escriturais pertencentes aos Quotistas do fundo. Nesse sentido, de quem seria a titularidade dos recursos do referido fundo de investimento, considerando o Banco do Nordeste como mero administrador dos recursos nos termos do art. 5º do Decreto 1376/74? Os recursos do Fundo de Investimento pertenceria aos titulares das quotas?

Esclarecemos que a cota do FINOR é a menor parte em que se divide o patrimônio líquido do Fundo, o qual corresponde ao total de recursos aplicados pelos investidores (cotistas), acrescido dos rendimentos. Como os demais Fundos de Investimento criados pela CVM, para aplicação de recursos na forma de condomínio, os ativos do FINOR, representados por sua Carteira de Títulos, disponibilidades, etc, são de propriedade direta do Fundo e somente indiretamente de propriedade dos cotistas. (...)  
Atenciosamente, Serviço de Informação ao Cidadão - Banco do Nordeste

O BNB responde a referida solicitação trazendo o conceito da CVM, apresentado no tópico anterior, caracterizando o FINOR como fundo de condomínio e destacando que os recursos pertencem ao respectivo Fundo (ao conglomerado de recursos) e aos quotistas, detentores de frações constituidoras do fundo.

Tal posicionamento já ratifica o entendimento que os valores formam o patrimônio do Fundo e, na hipótese de desvios, devem retornar a este, alimentando-o constantemente, conforme a própria lógica de funcionamento do sistema elucida. E nesse sentido foi realizada a segunda consulta ao banco operador:

Na hipótese de cobrança administrativa, entende-se que os valores deverão ser devolvidos ao Fundo de Investimento do Nordeste, conforme preceitua o art. 15 da Lei 8.167/91. Entretanto, como se dá a devolução dos recursos decorrentes de desvio de aplicação nos casos de Cobrança Judicial (Art. 14 da Lei nº. 8.167/91) titularizada pela União (como sucessora da Antiga SUDENE/SUDAM)? Os recursos deverão retornar ao Fundo de Investimento do Nordeste – FINOR/Fundo de investimento da Amazônia - FINAM nos termos dos arts. 12 (parágrafo 7º, sobretudo: § 7º Em qualquer hipótese, se forem constatados indícios de desvio na aplicação dos recursos liberados, aplicam-se as regras dos arts. 12 a 15 desta Lei. ) ao 15 da Lei 8.167/91 ou serão repassados à União?

É importante esclarecer que o Fundo de Investimento da Amazônia possui a mesma natureza do FINOR, sobretudo, no que se refere à matéria jurídica, sendo regulado pelas mesmas leis e decretos. Nesse sentido, justifica-se a consulta ao BASA como banco operador do FINAM para fins comparativos entre as respostas fornecidas pelas instituições financeiras em relação ao funcionamento/natureza do FINOR/FINAM.

Em relação ao Banco do Nordeste do Brasil, eis a resposta:

Prezada Senhora,

Referimo-nos ao vosso pedido de informação NUP. 99905000125201506, encaminhado via e-SIC, sistema da Controladoria Geral da União – CGU.

Em referência ao seu pedido de informação, prestamos-lhe os seguintes esclarecimentos:

**Não obstante serem oriundos de renúncia fiscal, os recursos liberados às empresas pertencem ao Fundo. Assim, conforme informado anteriormente, os recolhimentos efetuados pelas empresas, seja em razão de cobrança administrativa ou Execução Fiscal, serão efetuados diretamente ao Banco Operador, e não à União. Até esta data, não houve qualquer recolhimento por parte de empresas enquadradas nas situações descritas.**

Realizado o mesmo questionamento ao Banco da Amazônia sob o protocolo de nº 99904000039201503, vale a transcrição de sua resposta:

Prezada,

Em consulta na Legislação do FINAM, Lei 8.167 de 16.01.1991, transcrevo abaixo os artigos que tratam desse assunto:

Art. 12. A aplicação dos recursos dos fundos será realizada em estrita consonância com os objetivos do projeto e em conformidade com todas as cláusulas condicionantes quando da sua aprovação pelo Conselho Deliberativo das Superintendências de Desenvolvimento Regional.

§ 1º O descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, que caracterize desvio da aplicação de recursos, resultará: (Redação dada pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

I - no cancelamento, pelo Conselho Deliberativo da respectiva Superintendência, dos incentivos aprovados;

II - no recolhimento, pela empresa beneficiária, ao Banco Operador, das quantias recebidas, atualizadas pelo mesmo índice adotado para os tributos federais, a partir da data de seu recebimento, acrescidas de multa de dez por cento e de juros de mora de um por cento ao mês, deduzidas, no caso de aplicação de recursos sob a forma de debêntures, as parcelas já amortizadas. (Redação dada pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

§ 7º Em qualquer hipótese, se forem constatados indícios de desvio na aplicação dos recursos liberados, aplicam-se as regras dos arts. 12 a 15 desta Lei. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

Art 14. **A falta de recolhimento**, pela empresa beneficiária, dos valores apurados em processo, **no prazo de trinta dias** contados da data do recebimento da comunicação do cancelamento, importará na **execução judicial** a ser **promovida pela agência de desenvolvimento regional**.

Art. 15. As importâncias recebidas, na forma do art. 12, reverterão em favor do Fundo correspondente, cabendo ao Banco Operador respectivo, caso os títulos já tenham sido negociados, promover a emissão de novas quotas. (Redação dada pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

**Conforme a legislação quando do cancelamento do projeto por desvio na aplicação do recurso, os valores serão recolhidos no Banco Operador e serão revertidos ao Fundo.**

Atenciosamente,

Atenciosamente, Antonio Carlos de Lima Borges, Diretoria de Infraestrutura do Negócio(DINEG) Conforme Art. 21 do Decreto 7.724/2012, caso Vsa. não concorde com os termos da resposta acima, poderá entrar com recurso, no prazo de 10 dias da ciência desta informação. O mesmo Será apreciado pelo Sr.Valmir Pedro Rossi - Presidente do Banco da Amazônia.”

Nesses termos, numa análise comparativa entre as duas respostas fornecidas, nota-se a congruência entre elas e a sistemática do fundo de investimento. Em primeiro lugar, destaca-se a titularidade pelos respectivos fundos de investimento dos recursos ali depositados pelas empresas Optantes. Em segundo, em relação à cobrança administrativa/judicial afirmam que os recursos provenientes de cancelamentos devem ser

recolhidos aos respectivos bancos operadores, corroborando com a relação de propriedade exercida pelo Fundo e pelos quotistas, conforme a primeira consulta realizada. Destaca-se ainda a resposta do BASA, por oferecer um maior horizonte ao acrescentar que após o recolhimento pelo banco operador, os recursos serão revertidos ao fundo de investimento, em conformidade com a Lei 8.167/91.

Nesse diapasão, tais respostas demonstram o caráter da Renúncia realizada pela União, pois a partir do momento que os recursos são destinados ao FINOR/FINAM, o ente federal não possui mais nenhuma relação com esses valores, passando estes a constituírem os ativos de um fundo de investimento, possuindo quotistas como proprietários da menor fração ideal de um fundo. Com base nos esclarecimentos dos bancos operadores, os recursos não retornam aos cofres públicos sob hipótese nenhuma.

### **3.3 Da Participação Acionária da União no FINOR;**

Como já demonstrado que o FINOR é constituído na forma de ações, é essencial analisar a participação acionária da União para que se possa afirmar ou não a natureza do respectivo fundo de investimento. O FINOR, basicamente, é composto das opções realizadas pelas empresas privadas em destinarem uma parcela do que seria Imposto de Renda ao FINOR. Contudo, as verbas não só derivam de tal modalidade de investimento, mas também podem se originar de: subscrições de quotas pela União, subscrições voluntárias, subscrições de quotas por outros Fundos, por determinação do Poder Executivo, os resultados das aplicações dos recursos já captados, tais como: juros, bonificações em dinheiro, etc;<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Art. 3º da Lei 1.376/74: Art. 3º Constituem recursos dos Fundos de Investimentos, de que trata o artigo anterior: (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

I - os provenientes dos incentivos fiscais a que aludem às alíneas a e do parágrafo único do artigo 1º; (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

II - subscrições realizadas pela União Federal; (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

III - subscrições voluntárias efetuadas por pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado; (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

IV - retornos e resultados de aplicações dos recursos previstos neste artigo; (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

V - outros recursos previstos em lei; (Redação dada pelo decreto-Lei nº 2.304, de 1986)

É importante destacar que a União possui, assim como outras empresas, uma participação acionária junto ao FINOR, conforme a prestação de contas do Presidente da República:

Além das participações acionárias, a União detém quotas em fundos e organismos internacionais, conforme tabelas a seguir:

TABELA 2.5.3.e  
PARTICIPAÇÃO EM FUNDOS

R\$ 1,00

FUNDOS	TOTAL			PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO		%	PATRIMÔNIO LÍQUIDO
	QUANTIDADE	VALOR DA QUOTA	VALOR TOTAL	QUANTIDADE	VALOR		
FINAM (1)	923.937.692,540	0,0002616	241.679.419,34	14.869,525	3.889,50	0,0018%	241.679.419,34
<b>FINOR (1)</b>	<b>190.559.106,000</b>	<b>0,0009408</b>	<b>179.273.000,00</b>	<b>377,759</b>	<b>355,38</b>	<b>0,0002%</b>	<b>179.273.000,00</b>
FND(2)	2.363.261,782	0,9623	2.274.166.812,82	1.260.969,559	1.213.431.006,17	76,40%	2.274.166.812,82
FGP(2)	1.084.559,783	1,920,6467	2.083.056.157,86	1.084.559,783	2.083.056.157,86	100,00%	2.083.056.157,86
FGHAB (3)	60.112,684	1,17072	61.293.000,00	60.112,684,00	61.293.000,00	100% (4)	61.293.000,00
FGI (3)	580.308,078	1	580.308.078,00	580.308,078	580.308.078,00	100,00%	580.308.078,00
FGO (3)	580.308,058	1	580.308.057,92	580.308,058	580.308.057,92	100,00%	580.308.057,92
<b>TOTAL</b>			<b>6.000.084.526</b>		<b>4.518.400.545</b>		<b>6.000.084.526</b>

Fonte: MF/Secretaria do Tesouro Nacional.

Notas:

(1) Quotas avaliadas pelo valor patrimonial.

(2) Quotas avaliadas pelo valor de mercado.

(3) Valor de integralização

(4) Na integralização inicial do Fundo, a União era a única cotista, posteriormente a CAIXA também adquiriu cotas.

FINAM - Fundo de Investimentos da Amazônia - posição em dez/2008. OBS: O Patrimônio Líquido do FINAM, em 31/12/09, foi de R\$ 144.470.871,03, sendo a participação da União de R\$ 2.587,84 conforme informação obtida em janeiro de 2010.

FINOR - Fundo de Investimentos do Nordeste - posição em dez/2008. OBS: O Patrimônio Líquido do FINOR, em 31/12/09, foi de R\$ 189.587.039,85, e a participação da União, de R\$ 305,98 conforme informação de janeiro de 2010.

FND - Fundo Nacional de Desenvolvimento - posição em 18/12/2009

FGP- Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas posição em Nov/2009

FGHAB- Fundo de Investimento Garantidor Habitacional - posição de integralização - maio/09

FGI- Fundo Garantidor para Investimento - posição ago/09

FGO - Fundo de Garantia de Operações - posição ago/09

Entretanto, a participação da União Federal no ano de 2009 era de, apenas, 0,0002% das quotas do fundo, com o valor patrimonial de R\$ 355,38 (trezentos e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos). Nessa perspectiva, é importante atentar que a União participa do fundo, na qualidade genérica de quotista do Fundo, como qualquer outro, com uma participação discreta, em comparação com outras empresas. Nesse sentido, resta evidente que os valores pertencentes à União estão limitados a quantidade e valor de suas quotas, não tendo a propriedade integral do referido fundo de investimento e, obviamente, não podendo realizar os recolhimentos desses valores integrais aos cofres públicos.

### **3.4 Assembleia Constituinte – Caracterização do FINOR como fundo de investimento privado;**

Uma análise histórica acerca do desenvolvimento do artigo 36 do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT da CF de 1988 e suas emendas até a redação atual expõe a natureza do Fundo de Investimento do Nordeste. O referido artigo 36 determina que todos os fundos deveriam ser ratificados pelo Congresso Nacional em até dois anos da promulgação da Constituição, exceto os navais e os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado. São os termos do diploma constitucional:

Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.

Quando o ADCT da Constituição da República atual estava sendo votado, o Deputado Constituinte Firmo de Castro apresentou o Requerimento de Destaque nº. 867, para que fosse analisada sua Emenda nº. 629, a qual pretendia suprimir o artigo acima transcrito, à época, ainda numerado como o nº. 41 do ADCT.

Nesse momento, o Deputado Constituinte, Autor da emenda, esclareceu que os fundos resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado seriam, justamente, o FINOR e o FINAM:

Sr. Presidente, na qualidade de autor dessa emenda, quero que fique registrado nos anais que o nosso objetivo foi melhor explicitar o que se entenderia por fundos que têm por base isenções fiscais que passam a integrar o patrimônio privado. Uma vez que os entendimentos processados nas etapas anteriores diziam respeito aos fundos fiscais de caráter regional, demos interpretação de que esta redação, na verdade, refere-se **a fundos regionais, particularmente ao Finor e ao Finan (sic)**. Mantida, portanto, a não-extinção destes fundos no prazo, pelo menos, de dois anos, retiro a emenda.

Vale salientar também que o Deputado Constituinte Luiz Salomão endossa que entende serem o FINOR e o FINAM tratados na exceção constante no artigo supramencionado.

Segundo a interpretação do Legislador Constituinte, autor da referida emenda, o FINOR integra o patrimônio privado.

### **3.5 Da Renúncia Fiscal Definitiva Realizada pela União**

#### **3.5.1 Primeiro Argumento da União: Renúncia Condicional à implantação do Projeto pela Empresa Beneficiária**

Em primeiro lugar, esse argumento é construído com base no ato da renúncia fiscal não ter caráter definitivo, sendo este ato discricionário da União, condicional ao desenvolvimento, nos termos da lei, do projeto da Empresa Beneficiária. Nesse sentido, os valores, originariamente, pertenceriam à União, devendo, nos casos de cancelamento de projetos, retornar aos cofres públicos.

Entretanto, conforme se demonstrará no tópico seguinte mais explicitamente, a renúncia é realizada em face do Optante/Quotista/Investidor, não possuindo nenhuma relação com a empresa Beneficiária, responsável pelo projeto e, conseqüentemente, seu cancelamento. Portanto, permanecer nessa tese seria desconsiderar a figura do Optante como quotista do fundo de investimento e o fato do mesmo já ter cumprido os requisitos necessários para a renúncia ser definitiva.

Em breve análise lógica, não seria atraente para as empresas Optantes possuir o benefício da Renúncia Fiscal atrelada ao sucesso do projeto desenvolvido pela Empresa Beneficiária(geralmente outra empresa nos termos do art. 5º da Lei 8.167/91), visto que qualquer infortúnio nesse projeto, revogaria a renúncia fiscal e traria ao Optante a condição de devedor da parcela do Imposto de Renda destinado ao FINOR. E, obviamente, essa não era a intenção do programa, pelo contrário, seria trazer benefícios aos Optantes para arrecadar a maior quantidade de recursos possíveis para se investir em empresas do Nordeste. É por esse



motivo que supõe-se a escolha do legislador pela renúncia fiscal definitiva no momento em que o Optante faz a destinação da parcela do imposto de renda ao fundo de investimento.

E, mais, considerar que a renúncia é condicional ao desenvolvimento do projeto, nos termos do art. 5º da Lei 8167/91, é não atentar ao próprio funcionamento do sistema, que constitui o benefício em favor do Optante, não possuindo nenhuma relação com a empresa Beneficiária dos recursos do FINOR. Em bem da verdade, no antigo sistema FINOR 34/18, na qual a empresa Optante realizava diretamente o investimento na empresa Beneficiária, tornando-se sócio desta, o requisito para a efetivação da Renúncia da União desses valores, seria a realização da injeção dos recursos na empresa Alimentada.

### **3.5.2 Contra-argumento: Renúncia Fiscal Condicional ao direcionamento de parcela do que seria Imposto de Renda pelo Optante**

Somando-se ao propósito do FINOR, opera-se o funcionamento voltado para o benefício do Optante, transformando o que seria imposto em renda. Inclusive, é importante mencionar a atividade publicitária da época, buscando impulsionar a opção pelas empresas privadas ao FINOR que traziam os seguintes termos:

Ninguém precisa ser mágico para transformar o leão num bichinho de estimação.  
Basta aplicar no Finor.

Pra (sic) começo de conversa, no Finor o leão, de imposto, vira renda.

E aí, o raciocínio é simples: somando os 25% do abatimento com a rentabilidade do fundo, **você é quem fica com a parte do leão.**<sup>38</sup>

Nesses termos, a partir do momento que a empresa OPTANTE decide investir parcela do Imposto de Renda no fundo de investimento, a União realizaria a conhecida Renúncia Fiscal sobre essa parcela, não possuindo mais qualquer titularidade sobre os recursos ali depositados.

---

<sup>38</sup> *Panfleto distribuído pela SUDENE intitulado “CADÊ O LEÃO QUE ESTAVA AQUI?” – disponível na Biblioteca Celso Furtado – SUDENE – Recife-PE*

Explique-se, a condição efetiva para a realização da Renúncia Fiscal é a destinação de parcela de Imposto de Renda pelo Optante/Quotista/Investidor ao respectivo fundo de investimento. Estando tal condição efetivada a Renúncia é realizada e adquire o caráter de definitiva, sendo os recursos provenientes da Opção, a partir de então, pertencentes ao referido fundo e aos seus quotistas.

Tal constatação é comprovada pela aquisição do Certificado de Investimento (posteriormente, poderá ser trocado por quotas escriturais equivalentes) pelo Optante/Quotista/Investidor, que possuirá valores proporcionais do fundo aos investidos.

Aproximadamente 45 (quarenta e cinco) dias após a entrega do CAIF, e por intermédio do mesmo agente, o investidor receberá o seu Certificado de Investimento – CI, documento definitivo de sua participação como quotista do Fundo.<sup>39</sup>

Como já mencionado alhures, o CI poderá ser convertido em ações das empresas Beneficiárias do Fundo de Investimento (art.8º, *caput*, Lei 8.167/1991), negociado com qualquer pessoa física ou jurídica, utilizado para fins de caução junto a órgãos federais ou, simplesmente, mantidos na propriedade da empresa. Tais possibilidades revelam a total autonomia das empresas Optantes de dispor do CI como lhe bem aprouverem, evidenciando que tais certificados pertencem ao patrimônio das empresas OPTANTES, sobretudo, na hipótese de caução junto aos órgãos federais, pois como poderia uma empresa portadora do CI oferecer como garantia órgãos públicos quotas lastreadas por recursos públicos (considerando os recursos do FINOR como públicos)?

Ademais, a Carteira de Ações<sup>40</sup> do FINOR é composta das ações de empresas Beneficiárias que implementaram os projetos, portadoras do Certificado de Empreendimento Implantado - CEI.

---

<sup>39</sup> Ministério do Interior, Banco do Nordeste do Brasil S.A. Fundo de Investimento do Nordeste. Fortaleza. 1978. Pág. 24

<sup>40</sup> Disponível em:

[http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Composicao\\_e\\_diversificacao\\_da\\_carteira.PDF/f887cf57-9970-4905-b71d-9431be27d58a](http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Composicao_e_diversificacao_da_carteira.PDF/f887cf57-9970-4905-b71d-9431be27d58a) no dia 14/10/2015.

Tais ações serão negociadas pelos Leilões realizados pelo Banco do Nordeste do Brasil, instituição responsável por operar o FINOR. Nesse sentido, apenas pela ótica do mecanismo de funcionamento do FINOR, os recursos investidos nas empresas Beneficiárias retroalimentam o respectivo fundo por meio da venda das ações do FINOR. Outrossim, nota-se desde já que os recursos não são destinados a qualquer órgão público, apenas, direcionados ao FINOR. Ressalte-se ainda a Lei 8.167 de 1991 que nos artigos 12 e 15 dispõem sobre o recolhimento dos recursos ao Banco Operador/Fundo de Investimento:

Art. 12. A aplicação dos recursos dos fundos será realizada em estrita consonância com os objetivos do projeto e em conformidade com todas as cláusulas condicionantes quando da sua aprovação pelo Conselho Deliberativo das Superintendências de Desenvolvimento Regional.

1º O descumprimento do disposto no caput deste artigo resultará:

§ 1º O descumprimento do disposto no caput deste artigo, que caracterize desvio da aplicação de recursos, resultará: (Redação dada pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

I - no cancelamento, pelo Conselho Deliberativo da respectiva Superintendência, dos incentivos aprovados;

II - no recolhimento, pela empresa beneficiária, ao Banco Operador, das quantias recebidas, atualizadas pelo mesmo índice adotado para os tributos federais, a partir da data de seu recebimento, acrescidas de multa de dez por cento e de juros de mora de um por cento ao mês, deduzidas, no caso de aplicação de recursos sob a forma de debêntures, as parcelas já amortizadas. (Redação dada pela Lei nº 9.808, de 20.7.1999)

[...]

Art. 15. As importâncias recebidas, na forma do art. 12, reverterão em favor do Fundo correspondente, cabendo ao Banco Operador respectivo, caso os títulos já tenham sido negociados, promover a emissão de novas quotas.

Além da imposição legal ao retorno dos recursos ao fundo de investimento, no caso de cancelamento/desvio de aplicação dos recursos do FINOR, há Parecer vinculativo da Advocacia Geral da União sob o nº QG 192, afirmando que a renúncia realizada pela União possui caráter definitivo e os recursos deveriam retornar a União, seguem os principais dispositivos do referido documento:

7. Tendo constatado a Receita Federal o cumprimento das exigências, por parte do contribuinte, na fase de opção da pessoa jurídica de deduzir parcela do imposto de renda devido para aplicação em um desses investimentos regionais, **cessa a sua atuação**. Para a Receita, **com o pagamento do restante do tributo devido e o recolhimento da parcela deduzida a título de aplicação em um desses Fundos, o crédito tributário já está inteiramente quitado, não cabendo a ela nenhum lançamento suplementar, mesmo diante - de descumprimento, por parte da empresa beneficiária do Fundo, dos compromissos para com o desenvolvimento regional.**

(...)

9. Com essa aplicação, as pessoas jurídicas optantes passam a participar do Fundo como **cotistas, titulares, portanto, de direito sobre seus ativos**.

10. Os recursos dos Fundos de Investimentos Regionais são aplicados em empresas, que, em regra, não são os contribuintes que investiram parcela do imposto e receberam respectivos Certificados de Investimentos, mas outras, que haviam sido consideradas aptas a receber benefícios fiscais pelas agências de desenvolvimento regional.

O descumprimento, por parte da empresa beneficiária, dos objetivos do projeto e de cláusulas condicionantes, que caracterize desvio da aplicação dos recursos dos Fundos, resultará no cancelamento, pelo Conselho deliberativo da respectiva Superintendência, dos incentivos aprovados; e **no recolhimento, pela empresa beneficiária, ao Banco operador**, das quantias recebidas, atualizadas pelo mesmo índice adotado para os tributos federais, a partir da data de seu recebimento, acrescida de multa de dez por cento e juros de mora de um por cento ao mês, deduzidas, no caso de aplicação de recursos sob a forma de debêntures, as parcelas já amortizadas (Lei nº 8.167/191, artigo 12, § 10, inciso 1, e inciso II, este com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.740-31, de 6.5.99).

(...)

19. No restante, a renúncia de receita da União em favor dos Fundos de Investimentos Regionais é definitiva, não retornando os recursos ao Tesouro Nacional, mesmo no caso de descumprimento dos projetos pelas empresas beneficiárias.

20. Os valores recuperados vão realimentar os Fundos, que são os credores desses recursos, administrados pelas agências de desenvolvimento regional com o auxílio dos bancos operadores.

(...)

31. Em minha modesta opinião, confunde-se o órgão jurídico Fazendário, quando supõe que os recursos desviados de sua legítima aplicação deveriam retornar ao caixa do Tesouro Nacional, já que constituíram-se em dívida ativa da União. Não é assim. As renúncias de receitas são definitivas para os Fundos de Investimentos Regionais, eles são, no caso, os credores, e são administrados e representados pelas autarquias SUDENE e SUDAM e pelo GERES, este último, por não ter personalidade jurídica,, delega a função de cobrança para o Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo - BANDES.

Nesses termos, na modalidade de concessão de recursos com base no art. 5º da Lei 8.167/1991, as quantias decorrentes dos cancelamentos de projetos deverão retornar ao Fundo de Investimento do Nordeste, sendo o seu banco operador seu legítimo credor. A Renúncia Fiscal realizada pela União, como já narrado, possui caráter definitivo, pois a condição de sua efetivação não é o cumprimento do projeto nos termos da lei pela a empresa Beneficiária (nos termos do tópico 7 do Parecer da AGU) e, sim, a destinação dos recursos pela empresa Optante/Quotista/Investidora.

Sobre o tema, o CARF – Conselho Administrativo de Recurso Fiscais possui entendimento pacífico, consoante se verifica da ementa e trecho do voto do julgado abaixo transcritos<sup>41</sup>:

**“Processo nº 16327.001731/200712**

**Recurso nº 211.930 Voluntário**

Acórdão nº 180100.471

– 1ª Turma Especial

**Sessão de 21 de fevereiro de 2011**

Matéria PERC

**Recorrente VOTORANTIM ASSET MANAGEMENT D.T.V**

**Recorrida FAZENDA NACIONAL**

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Anocalendário:

---

<sup>41</sup> Disponível em <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> no dia 17/03/2015.

2004

INCENTIVOS FISCAIS. FINOR. OPÇÃO EM DARF ESPECÍFICO.

IRRETRATABILIDADE.

O recolhimento de valores destinados ao FINOR por meio de DARF específico com o código de receita relativo ao fundo configura opção pela aplicação desses recursos no fundo. Efetivado o recolhimento, reputa-se exercida a opção, que é irretratável e não pode ser alterada. A destinação em valor superior ao limite permitido pela legislação acarreta a seguinte consequência tributária: os valores destinados ao fundo que excederam o limite são considerados como subscrição voluntária ou destinação com recursos próprios e o valor do imposto que deixou de ser recolhido em virtude do excesso deve ser pago com acréscimo de multa e juros.

(...)

**O valor do benefício fiscal recolhido em limite maior** em momento algum se reveste da qualidade de direito creditório líquido e certo. **Sequer se trata de tributo.**” – sem os grifos no original

Importante esclarecer que é cediço que a União é a sucessora legítima da SUDENE em seus direitos e obrigações, contudo, não se está neste trabalho a se discutir a legitimidade processual da União para figurar nas ações judiciais, mas, sim, o recolhimento desses recursos pela Fazenda Nacional aos cofres públicos, sob a justificativa de ressarcimento ao erário, a suposta imprescritibilidade dos valores, bem como a sua inscrição em Dívida Ativa e sua cobrança por meio de Execução Fiscal.

Esclarecida a legitimidade processual da União, conclui-se neste tópico que a Renúncia Fiscal realizada pela União é condicionante a figura do Optante/Investidor/Quotista (figura distinta da empresa Beneficiária), tendo este cumprido os requisitos, a renúncia adquire o caráter de definitiva, nos moldes do Parecer GQ 192 da AGU e dos dispositivos legais da Lei 8.167/91 (art. 12, inciso II e art. 15), passando ser propriedade do fundo de investimento e devendo ser recolhida em favor do referido fundo.

Tal situação é comprovada pela contabilidade do Fundo de Investimento do Nordeste, realizada pela empresa privada da Ernst & Young Ernst&Young<sup>42</sup>, que realiza as provisões dos projetos cancelados e, conseqüentemente, os impactos nas cotações das quotas do fundo, registrando, portanto, o patrimônio como pertencente ao FINOR e aos seus quotistas, e que a União vem, atualmente, cobrando para si.

#### **4. Abordagem do entendimento jurisprudencial da natureza pública do Fundo de Investimento do Nordeste**

Parte da jurisprudência nacional vem construindo precedentes baseando-se na tese do Fundo de Investimento do Nordeste possuir natureza pública e, portanto, as quantias devidas, decorrentes de projetos cancelados (art. 12, §1º da Lei 8.167/91), deveriam retornar aos cofres públicos. A ausência de adimplemento pelas Empresas Beneficiárias desse montante, hipoteticamente, causaria dano ao erário, tornando esses recursos imprescritíveis (art. 37, § 5º da CF/88). É seguindo essa dinâmica apresentada que parte da doutrina vem se posicionando, a exemplo desse julgado transcrito (escolhido como representativo, devido a impossibilidade de colacionar todos os julgados), responsável pelo breve resumo desses argumentos supramencionados, segue ementa AC533995-PB, julgada em 2013, pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS DO FINOR. DESVIO. CANCELAMENTO. RESOLUÇÃO N.º 17/2009. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. CABIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE.1. Após a extinção da SUDENE, com base nos atos exarados no bojo do Processo Administrativo nº 28110.FO.0234/87-7, o gestor do FINOR, o diretor do Departamento de Gestão dos Fundos de Investimentos - DGFI, ex vi da Resolução nº 17/2009, decretou, "por desvio na aplicação de recursos, o cancelamento do incentivo fiscal concedido pelo

---

<sup>42</sup> Disponível em

[http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Balanco\\_Patrimonial\\_2013\\_Publicacao.pdf/367d2f66-abe0-4e75-92b9-5c69df6bf9fe](http://www.bnb.gov.br/documents/22492/25306/Balanco_Patrimonial_2013_Publicacao.pdf/367d2f66-abe0-4e75-92b9-5c69df6bf9fe) no dia 17/03/2015.

FINOR à empresa TÊXTIL ERVEST S/A", e a conseqüente devolução dos recursos que aquela companhia recebeu do referido Fundo.<sup>2</sup> A parte Autora não atacou o mérito do ato de cancelamento, limitando-se a suscitar questões de natureza formal. Dessa forma, tendo em vista que o ato de cancelamento foi precedido do devido processo legal, já que ela foi notificada para se defender, os únicos pontos controvertidos da presente ação são o alegado vício de competência na edição da Resolução que cancelou o repasse de recursos percebidos pela Autora e a ocorrência de prescrição, já que o cancelamento se deu após mais de cinco anos do recebimento da última parcela de recursos.<sup>3</sup> Com a extinção da SUDENE, a União a sucedeu nos seus direitos e obrigações, sendo as competências do Conselho Deliberativo daquele órgão transferidas para o Ministério da Integração Nacional, nos termos do § 5º do art. 21 da MP n.º 2.156-5/2001. Portanto, o ato de cancelamento passou para a competência do Ministério da Integração Nacional. Porém, não é privativo do Ministro da Integração Nacional, já que a ele caberá, apenas, o julgamento de eventual recurso, nos termos § 6º do art. 21 da MP n.º 2.156-5/2001.<sup>4</sup> O Departamento de Gestão dos Fundos de Investimento - DGFI, órgão integrante do Ministério da Integração Nacional era competente para praticar o ato que cancelou os incentivos fiscais concedidos pelo FINOR à Autora, tendo em vista o disposto no Decreto n.º 5.847/2006, bem como pelo fato de o Ministro da Integração Nacional ter atribuído a competência para o cancelamento ao referido órgão, nos termos das Portarias n(s).º 515/2007 e 639/2007.<sup>5</sup> **Caracterizado o desvio na aplicação de recursos do FINOR praticado pela Autora, independente de ser ou não ato de improbidade administrativa, bem como que causou prejuízo ao erário, deve ser afastada a alegação de prescrição suscitada pela parte Autora, uma vez que o ressarcimento ao erário, neste caso, é imprescritível.** Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes: STF, RE 608.831 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 08.06.2010; STJ, AGRESP 1138564, Primeira Turma, Rel. Benedito Gonçalves, DJE 02.02.2001 e STJ, AgRg no RMS 25763, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 24.09.2010.<sup>6</sup> Apelação improvida.ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas. Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à Apelação, nos termos do relatório, voto da Desembargadora Relatora e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado. Recife (PE), 11 de abril de 2013 (data do julgamento). Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira Relatora (Convocada)

É importante analisar os argumentos suscitados pela União e acatados pelo Judiciário que determinou o recolhimento dos valores pertencentes ao FINOR, no processo judicial, como



ressarcimento ao erário. Para fins de compreensão, segue abaixo os principais argumentos que fundamentam o referido entendimento:

- a) Renúncia Fiscal realizada pela União ser condicional ao desenvolvimento e implementação do projeto nos termos da lei;
- b) O Dano ao Erário, em razão da não aplicação dos recursos na conformidade do ordenamento jurídico;
- c) Imprescritibilidade dos recursos perseguidos nos termos do art. 37, §5º da Constituição Federal;
- d) Inscrição em Dívida Ativa e Execução Fiscal;

Como já demonstrado nos tópicos alhures, a Renúncia Fiscal é definitiva em favor do Optante/Investidor/Quotista, quando este realiza a destinação de parcela do que seria Imposto de Renda ao FINOR, não havendo qualquer relação com o desenvolvimento do projeto pela Empresa Beneficiária/Investida (nos termos do Parecer GQ 192 da AGU), acompanhada e fiscalizada pela SUDENE, interessada no desenvolvimento social a ser causado pelo crescimento do empreendimento incentivado. Nos termos da Lei 8.167/91 e Decreto Lei 1.376/74, os recursos decorrentes de desvio de aplicação e cancelamentos de projetos, deverão retornar ao Fundo de Investimento do Nordeste. Assim, conclui-se que não há, em hipótese alguma, dano ao erário e, conseqüentemente, os recursos por não serem públicos, também não são imprescritíveis e não podem ser inscritos em Dívida Ativa.

## **4.2 Da Impossibilidade de Inscrição em Dívida Ativa**

### **4.2.1 Dívida Ativa**

A inscrição em dívida ativa só é permitida quando os créditos cobrados sejam pertencentes ao próprio ente. No caso do FINOR, a União sustenta em sua tese, acatada por parcela do Judiciário, que os créditos decorrentes de desvio de aplicação e cancelamento de projetos constituem ressarcimento ao erário, o que geraria o permissivo legal.

Entretanto, como já demonstrado alhures, os créditos em questão pertencem ao Fundo de Investimento do Nordeste, constituído na forma de condomínio de ações, cujos titulares são empresas privadas (Optantes ou que adquiriram as ações na Bolsa de Valores).

Nesse sentido, a inscrição em dívida ativa, é totalmente ilegal, não havendo amparo normativo. Assim dispõe o MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA DÍVIDA ATIVA (pg. 11) , editado em 2004, pela Secretaria do Tesouro da União e aplicado aos Municípios, Estados e à própria União:

1.2 A Dívida Ativa, regulamentada a partir da legislação pertinente, abrange **os créditos a favor da Fazenda Pública**, cuja certeza e liquidez foram apuradas, por não terem sido efetivamente recebidos nas datas aprazadas. É, portanto, uma fonte potencial de fluxos de caixa, com impacto positivo pela recuperação de valores, espelhando créditos a receber, sendo contabilmente alocada no Ativo.

De início, observa-se a definição de Dívida Ativa, caracterizada pelos créditos a favor da Fazenda Pública. No caso do FINOR, os recursos deveriam **sempre** retornar ao fundo de investimento para alimentá-lo. Nesse diapasão, a figura esquecida nessa relação e, talvez, confundida com o Beneficiário, é o Optante/Investidor/Quotista, titular do Certificado de Investimento e quotista do fundo, proprietário indireto do fundo, beneficiário da Renúncia Definitiva da União.

A LDO 2015 (lei nº. 13.080/15) também não se afasta dessa premissa. Dispõe o tópico 4.1 do seu Anexo V :

4.1 DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO A Dívida Ativa constitui-se em um conjunto de direitos ou créditos de várias naturezas, **em favor da Fazenda Pública**, com prazos estabelecidos na legislação pertinente, vencidos e não pagos pelos devedores, por meio de órgão ou unidade específica instituída para fins de cobrança na forma da lei. A inscrição de créditos em Dívida Ativa gera um ativo para a União, sujeito a juros, multa e atualização monetária, que segundo a Lei nº 4.320/64 serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. Por esta razão, considera-se a Dívida Ativa um ativo contingente.

Ou seja, para ser inscrito em dívida ativa um crédito, deve, obviamente, pertencer ao ente que a inscreveu, vez que, conforme se verifica da legislação pátria, o ato da inscrição gera um

ativo para o respectivo ente. Não é qualquer entrada de valor que pode ser inscrito em dívida ativa. Para poder ser inscrito em dívida ativa, o crédito vencido, obrigatoriamente, deve ser (a favor) da Fazenda Pública, de forma que constitua receita orçamentária do ente que o inscreve.

#### **4.2.2 Entradas Compensatórias**

O DGFI - Departamento de Gestão dos Fundos de Investimentos, órgão criado para gerir, única e exclusivamente, os assuntos relacionados ao FINOR e ao FINAM, fazendo o papel que anteriormente cabia à SUDENE, expressa, *ipsis literis*, em seus Relatórios de Gestão Anuais que:

Cabe ressaltar que embora os recursos operacionalizados pelos Fundos de Investimentos (FINAM e FINOR) não estejam contemplados na Lei Orçamentária Anual – LOA e, portanto, **tratados como recursos não-orçamentários**, ainda não inseridos no Sistema de Informações Gerenciais e Planejamento – SIGPLAN, buscou-se aqui proceder à adequação desses recursos aos padrões requeridos nos já mencionados normativos do Tribunal de Contas da União – TCU...<sup>43</sup>

Vale salientar que o referido órgão também afirma não gerir ações orçamentárias, *in verbis* :

**Esta UJ não é gestora de Ações Orçamentárias.**<sup>44</sup>

Nesse sentido, os recursos do FINOR são qualificados como entradas compensatórias (ingressos extraorçamentários), nos termos do artigo 3º, § único (da lei nº 4.320/64), não sendo considerados receitas, e, conseqüentemente, não estando compreendidos pela Lei de Orçamentos. São os termos da lei:

Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá tôdas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

---

<sup>43</sup> Disponível em [http://www.integracao.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527](http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527) no dia 14/03/2015.

<sup>44</sup> Disponível em [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=1cebff8c-fc99-418a-8855-0192f09f3f64&groupId=1842527](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1cebff8c-fc99-418a-8855-0192f09f3f64&groupId=1842527) no dia 14/03/2015.

Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel-moeda e outras entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros.

É o disposto no artigo 39, caput e §1º da Lei nº. 4.320/64:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

Nas cobranças judiciais titularizadas pela União, o crédito pertencente ao FINOR é inscrito, erroneamente, em CDA e cobrados por meio de Execução Fiscal, com prerrogativas públicas. Por óbvio que tais créditos não constituem crédito da União, muito menos receita orçamentária. Em bem da verdade, os referidos créditos poderiam respeitar a classificação de ingressos extraorçamentários, visto que não integram o orçamento do ente público. Nesse sentido, a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014 (nº. 12.919/13) dispõe:

Art. 6º Os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social compreenderão o conjunto das receitas públicas, bem como das despesas dos Poderes, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, seus fundos, órgãos, autarquias, inclusive especiais, e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que dela recebam recursos do Tesouro Nacional, devendo a correspondente execução orçamentária e financeira, da receita e da despesa, ser registrada na modalidade total no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI. (...)

§ 2º Excluem-se do disposto neste artigo:

**I - os fundos de incentivos fiscais, que figurarão exclusivamente como informações complementares ao Projeto de Lei Orçamentária de 2014**

Sobre o tema, merece transcrição o conceito de ingressos extraorçamentários lançado no MANUAL TÉCNICO DO ORÇAMENTO, de 2015, editado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão :

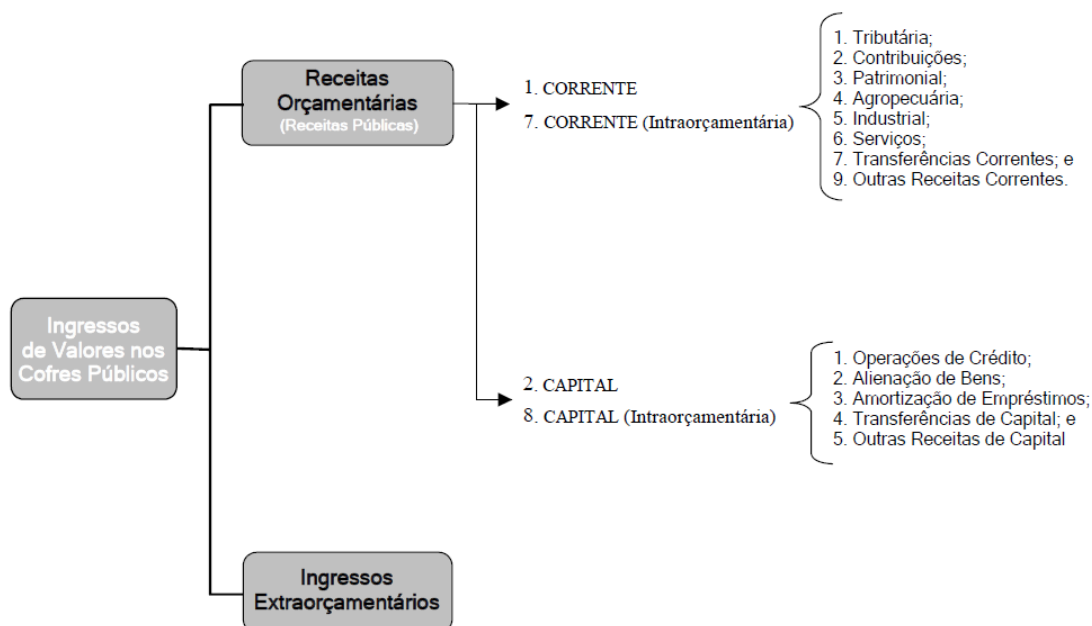
Recursos financeiros que apresentam caráter temporário e não integram a LOA. O Estado é mero depositário desses recursos, que constituem passivos exigíveis e cujas restituições não se sujeitam à autorização legislativa. Exemplos: Depósitos em Caução, Fianças, Operações de Crédito por ARO, emissão de moeda e outras entradas compensatórias no ativo e passivo financeiros.<sup>45</sup>

Ao se confrontar o conceito de INGRESSOS EXTRAORÇAMENTÁRIOS (entradas compensatórias) com o papel desempenhado pela UNIÃO na cobrança dos créditos do FINOR, conclui-se que tais verbas constituem ingressos extraorçamentários, pois a UNIÃO, após recebê-los, deve transferi-los, imediatamente ao FINOR, o real titular do crédito, nos termos do §7º do artigo 12, e do caput do artigo 15 da Lei nº. 8.167/91 .

Assim, por serem meros ingressos extraorçamentários (entradas compensatórias) e, portanto, não constituírem receita pública, não poderiam tais verbas ser inscritas em dívida ativa, como equivocadamente faz a UNIÃO. Inclusive, o próprio Manual Técnico do Orçamento, acima mencionado, dispõe que os créditos inscritos em dívida ativa devem constar nos orçamentos dos entes federativos como componentes (origem) da Categoria Econômica “Receita Corrente”, a qual faz parte do grupo “Receitas Orçamentárias”, excluindo-se o grupo “Ingressos Extraorçamentários” (entradas compensatórias), sem qualquer subdivisão. Merecem colagem tais trechos do MTO:

---

<sup>45</sup> Disponível em [http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual\\_Divida\\_Ativa.pdf](http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual_Divida_Ativa.pdf) no dia 14/03/2015.



**Outras Receitas Correntes:** constituem-se pelas receitas cujas características não permitam o enquadramento nas demais classificações da receita corrente, tais como: multas, juros de mora, indenizações, restituições, receitas da dívida ativa, entre outras. Exemplos:

**a) Multa:** receita de caráter não tributário, é penalidade pecuniária aplicado pela Administração Pública aos administrados e depende, sempre, de prévia cominação em lei ou contrato. Podem decorrer do regular exercício do poder de polícia por parte da Administração (multa por auto de infração), do descumprimento de preceitos específicos previstos na legislação, ou de mora pelo não pagamento das obrigações principais ou acessórias nos prazos previstos; e

**b) Dívida Ativa:** crédito da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, exigíveis em virtude do transcurso do prazo para pagamento. O crédito é cobrado por meio da emissão de certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, inscrita na forma da lei, com validade de título executivo. Isso confere à certidão da dívida ativa caráter líquido e certo, embora se admita prova em contrário.

Os meros ingressos extraorçamentários (entradas compensatórias), como o do caso do FINOR, não poderiam constar em dívida ativa, pois representam créditos a favor da Fazenda Pública, ou seja, receitas orçamentárias propriamente ditas. Instrui no mesmo sentido o sítio eletrônico da PGFN ao afirmar que :

Poderão ser inscritos em dívida ativa os débitos de natureza tributária e não tributária, cuja titularidade do crédito seja da Fazenda Pública Nacional, conforme definido no art. 39 e parágrafos da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, ou débitos de natureza não tributária, que não sejam de titularidade da Fazenda Pública Nacional, em que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) por disposição de lei tem que inscrever em dívida ativa, como é exemplo o FGTS, conforme disposto no art. 2º da Lei n.º 8.844 de 20 de janeiro de 1994.

Assim, os créditos do FINOR não constituem Dívida Ativa, pois são créditos privados e não há qualquer lei que autorize a PGFN a realizar a referida inscrição.

## **5. Conclusão**

O sistema do FINOR, nos termos do art. 5º da Lei 8.167/91, funciona como um fluxo contínuo de recursos, no qual as quantias liberadas e investidas sempre retornam ao fundo de investimento. A empresa Beneficiária é quem arrecada esses valores, através da apresentação de um projeto aprovado pela SUDENE, e irá realizar a implantação do desenvolvimento do empreendimento. Obviamente, tal estrutura trará um impacto social para a região onde se instalará, gerando empregos e renda e contribuindo, significativamente, para a mudança de paradigma daquele local, retirando a população do mencionado ciclo vicioso.

Nesses termos, a renúncia de parcela do Imposto de Renda da União realizada em favor do Optante (alimentante do fundo) possui o caráter de definitiva, visto que esses valores não retornarão mais aos cofres públicos, fazendo parte de uma nova dinâmica, no FINOR. É importante compreender que o desvio de aplicação ou cancelamento do projeto (art. 12, §1 da Lei 8.167/1991) não possui o condão de alterar a relação existente entre o Optante e a União, revogando a renúncia anteriormente concedida.

O Optante, com a renúncia definitiva da União, passa a ser quotista do Fundo de Investimento do Nordeste, adquirindo uma fração do referido conglomerado. Dessa forma, na existência de cancelamento de projetos das empresas Beneficiárias do programa, haverá um prejuízo a ser arcado pelo fundo de investimento e seus quotistas, e nada restando a União em razão de sua renúncia.

Nesse diapasão, os recursos desviados ou decorrentes de projetos cancelados deveriam retornar ao fundo, conforme art. 12 ao 15 da Lei 8.167/ 1991, bem como as manifestações do Banco do Nordeste do Brasil e do próprio Banco da Amazônia, responsável pela administração do FINAM que possui o mesmo modelo de funcionamento do FINOR. A jurisprudência, inclusive, já vem proferindo esse entendimento, considerando o Fundo de Investimento do Nordeste com caráter privado. Eis trecho do voto do desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o Agravo de Instrumento nº. 140853 - PB (0009810-32.2014.4.05.0000):

Saliente-se que, nos termos da Lei nº 8.167/91 e seus regulamentos, a União renuncia de parcela do que seria pago a título de IRPJ em favor de fundos de desenvolvimentos e as empresas optantes destinam essa parcela a esses mesmos fundos, passando a ter cotas escriturais, na condição de investidoras, podendo negociar seus certificados de investimento livremente no mercado, **não se constituindo mais em valores de titularidade da União, posto que renunciados em favor desses fundos, mas em títulos financeiros privados. Em contrapartida, as empresas podem obter financiamento desses fundos para ações de desenvolvimento em suas respectivas regiões, havendo a participação de entes federais apenas na apreciação de projetos, recebendo, nos termos da lei, percentual para administrá-los.**

São nesses termos que é desenhada toda a sistemática do FINOR e o resultado é o retorno dos valores dos projetos cancelados ao fundo de investimento. Nesse sentido, a Lei 8.167/91 em seu artigo art. 15, e o próprio Parecer GQ 192 da Advocacia Geral da União ressaltam o recolhimento dos valores ao fundo de investimento. Assim, não sendo o crédito público, não poderia a União se colocar na situação de credora dos referidos valores e cobrar na forma de ressarcimento ao erário por meio de Execução Judicial Fiscal, inscrevendo em Dívida Ativa.

Como já demonstrado, anteriormente, deverá o crédito cobrado pela União preencher requisitos específicos para a inscrição em Dívida Ativa. Em primeiro lugar, deverá o crédito pertencer a União, não sendo o caso, haja vista que o débito decorrente do cancelamento de empresas Beneficiárias pertence ao FINOR.

No caso em epígrafe, a União cobra os valores pertencentes ao FINOR, com a legitimidade processual adquirida com a Extinção da SUDENE (art. 41, Medida Provisória nº



2.156-5/01), portanto, os valores cobrados possuem o caráter temporário nos cofres da União, já que deveriam ser repassados ao Fundo de Investimento do Nordeste.

Assim, conclui-se que os recursos do Fundo de Investimento do Nordeste possuem natureza privada e são pertencentes aos seus quotistas, titulares de frações ideais do fundo, não podendo a União cobrar para si esses valores, inscrever em Dívida Ativa da União e cobrá-las por meio de Execução Fiscal.

### GRÁFICOS

**Gráfico 1** – Gráfico existente no livro MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste. Uma política de desenvolvimento Econômico para o Nordeste. 2ª Edição. Recife. 1967. p. 15 disponível em <http://www.sudene.gov.br/conteudo/download/PDEN%20-%20segunda%20edicao.pdf>

**Gráfico 2** – Parte do Gráfico existente no livro BANCO DO NORDESTE DO BRASIL, SUDENE. Incentivos fiscais do Nordeste. Avaliação e Sugestões de Aprimoramento.1990

**Gráfico 3** – Parte do Gráfico existente no livro BANCO DO NORDESTE DO BRASIL, SUDENE. Incentivos fiscais do Nordeste. Avaliação e Sugestões de Aprimoramento.1990

**Gráfico 4** – Gráfico Completo existente no livro BANCO DO NORDESTE DO BRASIL, SUDENE. Incentivos fiscais do Nordeste. Avaliação e Sugestões de Aprimoramento.1990

### FIGURAS

**Figura 1** – Prestação de contas do Presidente da Republica 2009, disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2009/25.pdf>

**Figura 2** - Manual Técnico do Orçamento 2015, disponível em [http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/manual-tecnico/mto\\_2015\\_1a\\_edicao-150514.pdf](http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/manual-tecnico/mto_2015_1a_edicao-150514.pdf)

### BIBLIOGRAFIA

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999

ARAÚJO, Tânia Bacelar de. **Por uma Política Nacional de Desenvolvimento**

**Regional.** Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v.30, nº 2, p.144-161, abr-jun 1999.

CARVALHO, Cristiano Viveiros; BRASILEIRO, Verônica Maria Miranda. **Sistema de Incentivos Fiscais para as regiões Norte e Nordeste após a transformação da Sudam e Sudene em Ada e Adene.** Brasília, Consultoria Legislativa, 2002.

CARVALHO, Fernanda Ferrário de. **Da esperança à crise – a experiência das políticas regionais no Nordeste.** Campinas: IE/Unicamp, 2001.

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL, SUDENE. **Incentivos fiscais do Nordeste. Avaliação e Sugestões de Aprimoramento.**1990

BRASIL. SUDENE. Dep. **Industrialização. Incentivos para a indústria e agricultura do Nordeste.**, 5 ed. Recife, Div Documentação, 1969, Recife.

FURTADO, Celso. **Seca e Poder.** Entrevista com Celso Furtado. Editora Perseu Abramo. São Paulo. 1998.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Banco do Nordeste do Brasil S.A. **Fundo de Investimento do Nordeste.** Fortaleza. 1978.

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil S.A. **A Aquisição de CIs do FINOR – um investimento rentável para pessoas físicas e jurídicas.** Recife. 1968

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, Banco do Nordeste do Brasil S.A.-BNB. **As Vantagens Financeiras de Investir no FINOR.** Dezembro de 1982. Recife.

MINISTÉRIO DO INTERIOR. Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, **Assessoria de Industria e Comércio. Nordeste. Oportunidades de Investimentos.** 3<sup>a</sup> Edição. Recife.1977

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil S.A **FINOR – Orientações e Procedimentos Básicos.** Recife. 1979

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil S.A. **Incentivos Fiscais e Financeiros para investimentos no Nordeste do Brasil.**

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE. **Incentivos Fiscais e Financeiros para o Nordeste.** 5ª Edição. Recife. 1969.

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE. **Nordeste em Dados.** Recife. 1980

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, Banco do Nordeste do Brasil. **O Sistema Finor: Resultados, Sugestões de Aperfeiçoamento.** Fortaleza, 1986.

MINISTÉRIO DO INTERIOR. Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. **Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste.** Segunda Edição. SUDENE 2ª Edição. 1967. Recife

MINISTÉRIO DO INTERIOR, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE. **Uma Política de Desenvolvimento para o Nordeste.** 2ª Edição. Recife. 1986

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. **Sistema de Incentivos Fiscais da Região Nordeste do Brasil.** 2000

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SHOERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. **Apresentação sobre a SUDENE e o Sistema FINOR, para integrantes da CPI/FINOR.** Recife. 2000

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. **Coletânea de Palestras do Professor Marcos Formiga sobre o desenvolvimento regional na Superintendência da SUDENE.** 1999

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. **Finor. Debêntures. A nova sistemática.** Recife.1992

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. **Finor. Orientações e procedimentos básicos.** Recife. 1977

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. **O Nordeste Brasileiro em Questão: Uma Agenda para Reflexão.** Editora UFPE. Recife. 2014

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. Banco do Nordeste do Brasil. **FINOR perguntas e respostas.** 1996

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE, Banco do Nordeste do Brasil. **FINOR perguntas e respostas.** 1986

SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE., Banco do Nordeste do Brasil. **Fundo de Investimentos do Nordeste.** 1998

- **Sites Pesquisados:**

Acesso à informação - <http://www.acessoainformacao.gov.br/>

Advocacia Geral da União - <http://www.agu.gov.br/>

ANBIMA - <http://www.anbima.com.br>

Banco do Nordeste do Brasil - <http://www.bnb.gov.br/>

Ministério da Integração - <http://www.mi.gov.br/>

Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - <http://www.sudene.gov.br/>

Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/>

- **Principais Documentos encontrados na internet:**

Prestação de Contas do Presidente da República - Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2009/25.pdf>

Manual da Dívida Ativa - [http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual\\_Divida\\_Ativa.pdf](http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual_Divida_Ativa.pdf)

Relatório de Gestão do Departamento de Gestão dos Fundos de Investimentos – DGFI - [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=71c7b2ce-43c2-4238-a0d4-c8c453b61c87&groupId=1842527)

Parecer GQ 192 da Advocacia Geral da União - <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8371>

Manual da Dívida Ativa - [http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual\\_Divida\\_Ativa.pdf](http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual_Divida_Ativa.pdf)  
no acessado dia 18/03/2015.

- **Áudio**

Celso Furtado. Áudio disponível em <http://sudene.procondel.org/audio/2014-03-06-11-32-09.MP3>, acessado em 25.10.2015.

- **Depoimentos:**

Depoimento do Dr. Sávio Vieira na Comissão Especial do Congresso para Avaliação dos Incentivos Fiscais. Brasília. 1922

- **Panfletos:**

“CADÊ O LEÃO QUE ESTAVA AQUI?” – disponível na Biblioteca Celso Furtado – SUDENE – Recife-PE

SUDENE. **O Finor presta contas. Finor a melhor opção.** 1977

SUDENE. Conheça o Novo Finor. Recife. 1991

SUDENE. **Desempenho Socio-econômico da Região Nordeste (Síntese).** 1999

Documento Escrito para a AENE (Associação de Empresas do Nordeste). Política Regional e o Desenvolvimento Econômico do Nordeste. Diagnostico e Sugestões. Recife, 1994.



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)