

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 843

(Ano X)

(03/03/2018)

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



26/02/2018 Rômulo de Andrade Moreira

» [A educação e o pensamento de Paulo Freire - um homem à frente do seu tempo](#)

### ARTIGOS

02/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [Amicus Curiae](#)

02/03/2018 Heloisa Gabriele de Melo

» [A faculdade do herdeiro em aceitar ou renunciar a herança](#)

02/03/2018 Antonio Augusto Costa Everton Junior

» [Espécies Tributárias no Direito Brasileiro](#)

02/03/2018 Júlia Gomes de Azevedo

» [A incidência do ICMS na comercialização de software e suas repercussões](#)

02/03/2018 Alexandre Santos Sampaio

» [Os limites da revista de empregados](#)

02/03/2018 Edmilson Machado de Almeida Neto

» [A esperança na Lei Anticorrupção \(Lei nº 12.846/2013\)](#)

01/03/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Tecnologia assistida: autonomia, qualidade de vida e inclusão social](#)

01/03/2018 Edmilson Machado de Almeida Neto

» [Análise crítica do Programa de Compliance previsto na Lei nº 12.846/2013 \(Lei Anticorrupção\)](#)

01/03/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Considerações sobre Métodos de Pesquisa](#)

01/03/2018 Júlia Gomes de Azevedo

» [O instituto da denúncia espontânea e seus contornos na doutrina e na jurisprudência do STJ](#)

01/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A aplicação do direito estrangeiro](#)

28/02/2018 Benigno Núñez Novo

» [A importância da educação prisional na recuperação no Mercosul, unidade prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil](#)

28/02/2018 Rafael Peçanha de Moura

» [Intervenção na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro](#)

28/02/2018 Edmilson Machado de Almeida Neto

» [Estudo sobre o Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013](#)

28/02/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [A prevalência dos tratados internacionais em matéria tributária](#)

28/02/2018 Heloisa Gabriele de Melo

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

27/02/2018 Daniel Brandão Barreto

» [O papel do Estado no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual](#)

27/02/2018 Benigno Núñez Novo

» [A educação prisional como instrumento de recuperação](#)

27/02/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

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

27/02/2018 Júlia Gomes de Azevedo

» [A incidência do ISS nas operações de leasing à luz da jurisprudência](#)

27/02/2018 Edmilson Machado de Almeida Neto

» [Instrumentos legais de proteção dos recursos hídricos brasileiros](#)

27/02/2018 Rebecca Braz Vieira de Melo

» [Os contornos da responsabilidade extracontratual do Estado: O exercício do direito de regresso e a denúncia da lide ao agente público](#)

26/02/2018 Alexandre Santos Sampaio

» [A \(des\)necessidade da tipificação penal de condutas cometidas em processos licitatórios](#)

26/02/2018 Edmilson Machado de Almeida Neto

» [Análise da Lei Anticorrupção \(Lei nº 12.846/2013\)](#)

26/02/2018 Layza Eliza Mendes Montenegro

» [Abstrativização dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade](#)

26/02/2018 Júlia Gomes de Azevedo

» [A nova ordem econômica e o papel das agências reguladoras](#)

26/02/2018 Rebecca Braz Vieira de Melo

» [Reflexões sobre a separação judicial na ordem jurídica vigente](#)

26/02/2018 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal em exame: uma análise da cumulação de salários à luz dos princípios da moralidade e da eficiência](#)

#### **MONOGRAFIA**

26/02/2018 Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira

» [A Tutela Cautelar no novo Código de Processo Civil](#)

## A EDUCAÇÃO E O PENSAMENTO DE PAULO FREIRE - UM HOMEM À FRENTE DO SEU TEMPO

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:** Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Convidado a participar da Jornada Pedagógica do Centro de Estudos do Grupo Educacional Anchieta, em Salvador, no dia 17 de fevereiro deste ano, abordando o tema “Escola: Lugar de Formar e Cuidar”, achei que deveria reler parte da obra de Paulo Freire, para mim, uma das três maiores referências no estudo e no desenvolvimento da Educação no Brasil, ao lado de Anísio Teixeira e Darci Ribeiro.

Dei preferência, diante da imensidão da obra Freiriana, a três dentre os seus inúmeros livros: “Pedagogia da Autonomia”, “Pedagogia do Oprimido” e “À sombra desta Mangueira”, além de um “livro falado” – “O Caminho se faz Caminhando: Conversas sobre Educação e Mudança Social”, transcrição de um longo e proveitoso diálogo entre Paulo Freire e Myles Horton, educador americano, co-fundador, em 1932, da Highlander Folk School e militante no Movimento de Direitos Civis, figura que influenciou, dentre outros, Martin Luther King.

Ao falar sobre Educação, Paulo Freire partia de um pressuposto segundo o qual “*não há docência sem discência*”, pois “*quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender*.”

Para ele, ensinar não poderia ser uma mera transferência de conhecimento, mas, muito mais, uma criação de “*possibilidades para a sua produção ou a sua construção*.”

Freire não via o aluno/educando/aluna/educanda como um mero objeto do conhecimento do educador/educadora, sendo este apenas o sujeito do processo: um que é formado (e tomado por objeto), outro que forma (o sujeito).

Ao contrário, esta relação não era de subordinação, mas de coordenação, devendo ficar claro “*que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma*”

ao ser formado.” Logo, docente e discente são, ambos, sujeitos do mesmo processo de conhecimento, não sendo um objeto do outro.

Dizia ele: *“ensinar inexiste sem aprender e vice-versa e foi aprendendo socialmente que, historicamente, homens e mulheres descobriram que era possível ensinar.”*

Paulo condenava o que ele chamava de *“ensino bancário”* em que *“o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber.”*

O ensino bancário, burocratizado, autoritário, insensível, acrítico, é típico de uma *“ideologia da opressão”*, em que o (a) educador (a) *“será sempre o que sabe, enquanto os educandos serão sempre os que não sabem”*, negando, por conseguinte, *“a educação e o conhecimento como processos de busca.”* Algo muito parecido com a tal ideia da *“escola sem partido”*, inconcebível com o fato de que *“ninguém pode estar no mundo, com o mundo e com os outros de forma neutra.”* Portanto, trata-se de uma estupidez!, pensar em um espaço pedagógico neutro, *“como se a maneira humana de estar no mundo fosse ou pudesse ser uma maneira neutra.”*

A concepção da chamada escola sem partido, desde um ponto de vista *“dos interesses dominantes”*, exige *“uma prática imobilizadora e ocultadora de verdades.”* Freire falava na *“politicidade da educação, ou seja, a qualidade de ser política, inerente à sua natureza.”*

Freire pregava a educação *“problematizadora e libertadora”*, na qual o (a) educador (a) é, antes de tudo, um *“humanista, revolucionário”*, crente não em seu saber absoluto e onipotente, mas, ao contrário, crente nos homens e *“no seu poder criador”*, sendo um verdadeiro *“companheiro dos educandos, em suas relações com estes.”*

Na Educação bancária revela-se a natureza opressora do ensino e do ensinar, obstaculizando *“a atuação dos homens como sujeitos de sua ação, como seres de opção, frustrando-os.”*

Já na Educação problematizadora respeita-se, sobretudo, a autonomia e a dignidade do (a) educando (a), privilegiando a crítica e o diálogo. Este respeito erige-se como um *“verdadeiro imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros.”*

O espaço da escola, portanto, é, especialmente, um espaço de crítica e de diálogo permanente e dinâmico, *“prática fundamental à*

*natureza humana e à democracia”, uma verdadeira “exigência epistemológica.”*

Aqui, e não lá, incentiva-se durante todo o processo educador a criatividade, a rebeldia, a insubmissão e a curiosidade (não a “*curiosidade ingênua – que caracteriza o senso comum*”, mas a “*epistemológica*”).

A (o) educanda (o) deve ser estimulada (o) constantemente a exercer a “*sua capacidade de arriscar-se, de aventurar-se*”, imunizando-a (o), assim, “*contra o poder apassivador do ‘bancaísmo’.*”

O aprender e o ensinar são tarefas que exigem este dinamismo decorrente do aprender e do ensinar com uma visão crítica e sempre reflexiva. Não há espaço para meros “*depositantes*” de conhecimentos e, conseqüentemente, de “*depositários*” de saberes.

O espaço onde alguém ensina (aprendendo) e outro aprende (ensinando) deve ser libertador, não alienante, mas uma libertação autêntica: “*não é uma palavra a mais, oca, mitificante. É práxis, que implica a ação e a reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo.*” Não se trata de uma liberdade sem limite, óbvio que não!, pois “*não é possível autoridade sem liberdade e esta sem aquela.*”

Na Educação problematizadora educadores e educandos devem, todos!, ser “*instigadores, inquietos, rigorosamente curiosos, humildes e persistentes.*” “*Um aventureiro responsável!*” Aqui, a professora ou o professor não confunde autoridade com autoritarismo, liberdade com licenciosidade. A autoridade mostra-se na “*segurança que se expressa na firmeza com que atua, com que decide, com que respeita as liberdades, com que discute suas próprias posições, com que aceita rever-se.*”

No diálogo com Myles, transcrito para o livro acima referido, o educador americano afirma que usava as “*perguntas mais do que qualquer outra coisa*”, pois “*a razão pela qual você fez a pergunta é porque você sabe algo.*” Assim, o ativista americano “*redescobriu o que sabia há muito tempo, ou seja, que uma das melhores maneiras de educar é fazer perguntas*”, o que “*não é praticado muito extensivamente na vida acadêmica.*”

Uma outra grande e valiosa lição de Freire é a que afirma tratar-se o ser humano de um sujeito inacabado e inconcluso. Aliás, “*o inacabamento do ser ou sua inconclusão é próprio da experiência vital. Onde há vida há inacabamento.*” O ser humano, enquanto ser inacabado, rejeita a



*“inexorabilidade do futuro” e o determinismo fatalista típico do discurso neoliberal: “pragmático e reacionário.”*

Também a esperança não foi omitida dos textos de Paulo Freire, para quem aquela *“faz parte da natureza humana”*, razão pela qual devemos sempre lutar para *“diminuir as razões objetivas para a desesperança que nos imobiliza.”*

Ele não concebia, e achava mesmo uma contradição, *“que uma pessoa progressista, que não teme a novidade, que se sente mal com as injustiças, que se ofende com as discriminações, que se bate pela decência, que luta contra a impunidade, que recusa o fatalismo cínico e imobilizante, não seja criticamente esperançosa.”*

Enfim..., muita coisa ainda haveria para se dizer sobre a genialidade de Paulo Freire, um educador que se negava, tal como Simone de Beauvoir, a *“arrastar consigo, para a morte, a humanidade inteira.”* Freire não era um educador burguês que profetizava *“o naufrágio universal.”* Seu pensamento não era, portanto, como se referia Beauvoir, *“catastrófico e vazio.”*<sup>[1]</sup>

Nota:

[1] O Pensamento de Direita, Hoje, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972, página112.

## AMICUS CURIAE

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**  
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a discussão da figura do amicus curiae e sua regulamentação trazida pelo Código de Processo Civil. A origem, conceito, a natureza jurídica e quais são os limites e os direitos que o abarcam.

**Palavras-chave:** Amicus Curiae; Intervenção de Terceiros; Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the figure of the amicus curiae and its regulation brought by the Code of Civil Procedure. The origin, concept, legal nature and what are the limits and rights that cover it.;

**Keywords:** Amicus Curiae, Intervention of Third Parties, Code of Civil Procedure.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la figura del amicus curiae y su reglamentación traída por el Código de Proceso Civil. El origen, concepto, la naturaleza jurídica y cuáles son los límites y los derechos que lo abarcan.

**Palabras clave:** Amicus Curiae, Intervención de Terceros, Código de Proceso Civil.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Amicus curiae ou amigo da corte ou também amigo do tribunal (amici curiae, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto.

É importante destacar que o Amicus Curiae é amigo da corte e não das partes. Seu desenvolvimento teve início na Inglaterra pela English Common Law, e na atualidade é frequentemente utilizado nos Estados Unidos. A função histórica do amicus curiae é chamar a atenção da corte para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados. O amigo da corte se faz necessário em casos atípicos, levando informações relevantes à discussão do caso, ampliando a visão da corte de modo a beneficiar todos os envolvidos, pois pode tornar a decisão mais justa.

Sua atuação traz à Corte uma grande variedade de informações adicionais contendo experiências, fatos, citações, artigos jurídicos, e com efeito, levam ao tribunal uma base antes que a decisão seja tomada. Seu papel no ordenamento é exercer com seu acervo de informações o controle de constitucionalidade, agindo proporcionalmente ao ato normativo ou lei, visando eficiência e segurança a este controle com maior democraticidade.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O amicus curiae (art. 138 do CPC) é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir. Daí o nome de “amigo da corte”.

O amicus curiae não assume a condição de parte. E sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes, diferenciando-se, sob esse aspecto inclusive da assistência. Por isso, ele não assume poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes. Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (art. 138, § 2º, do CPC), na essência serão limitados à prestação de subsídios para a decisão.

A participação do amicus curiae, com o fornecimento de subsídios ao julgador, contribui para o incremento de qualidade das decisões judiciais.

Amplia-se a possibilidade de obtenção de decisões mais justas – e, portanto, mais consentâneas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Por outro lado, sobretudo nos processos de cunho precipuamente objetivo (ações diretas de controle de constitucionalidade; mecanismos de resolução de questões repetitivas etc.), a admissão do amicus é um dos modos de ampliação e qualificação do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988).

O ingresso do amicus curiae no processo pode derivar de pedido de uma das partes ou do próprio terceiro. Pode também ser requisitado de ofício pelo juiz. Portanto, essa é uma modalidade de intervenção que tanto pode ser espontânea (voluntária) quanto provocada (coata).

A qualidade de interveniente processual do amicus curiae é justificada em razão do alcance das decisões nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Ora, justamente porque essas decisões têm eficácia erga omnes e efeito vinculante, atingindo vários indivíduos dentro de uma mesma sociedade, deve-se possibilitar que o debate das decisões proferidas pelo Poder Judiciário seja pluralizado.

A intervenção do amicus curiae nas ações de controle de constitucionalidade possui claro objetivo de pluralizar e legitimar o debate em constitucional. Através das informações fáticas e técnicas trazidas pelo amicus curiae, o Tribunal tem melhores condições de solucionar as controvérsias e de interpretar a Carta Constitucional da maneira que melhor atenda aos interesses da sociedade.

Nesses casos a intervenção será provocada pelo relator, requerida por uma das “partes” ou pelo próprio interessado. Nos termos do § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 9.868/99, a intervenção será admitida se for demonstrada a representatividade do postulante (requisito subjetivo) e a relevância da matéria (requisito objetivo). Este último requisito já está presente nos recursos cujas matérias foram reconhecidas como de repercussão geral e, em geral, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade. Já a questão da representatividade, segundo o próprio STF, deve passar por um crivo mais apurado, evitando a proliferação de requerimentos de intervenção. A legitimação da ingerência do amicus

curiae “deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”.

Deferida a intervenção do amicus curiae, admite o STF que este apresente memoriais, preste as informações que lhe venham a ser solicitadas e realize sustentação oral.

Entretanto, no âmbito do STJ, em questão de ordem levantada pelo Min. Teori Albino Zavascki no REsp nº. 1.205.946/SP, decidiu a Corte Especial, em 17/08/2011, que o amicus curiae não teria direito à sustentação oral, ao argumento de que essa prerrogativa, pelo regramento do tribunal, somente é conferida à parte e seus assistentes. O novo CPC, apesar de não disciplinar especificamente essa questão, incumbiu ao relator (ou ao juiz) definir dos poderes do amicus curiae (art. 138, § 2º, CPC). Assim, entendo que a possibilidade (ou não) de sustentação oral é tema a ser definido pelo relator, que deverá ponderar, diante do caso concreto, se há ou não necessidade da manifestação. Se a importância do bem jurídico ou a repercussão social da decisão impuser uma participação mais efetiva, com intenso debate oral, não há razão para não se admitir a sustentação do órgão ou entidade que estiver atuando como amicus curiae.

No que se refere à interposição de recursos, o STF, na ADI (ED) 3.105, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, entendeu que o amicus curiae carece de legitimidade recursal, salvo com relação à decisão que não o admita como tal no processo. O novo CPC segue a posição do STF, ao passo que inadmite a interposição de recursos, com exceção daquele que servirá para impugnar a decisão de não admissibilidade de sua intervenção. A nova lei processual também excepciona os embargos de declaração e o recurso em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §§ 1º e 3º).

O CPC prevê expressamente a possibilidade de participação do amicus curiae em outras ações e não apenas nas de controle de constitucionalidade. Com efeito, o art. 138 dispõe que:

“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação”.

Como se vê, o novo Código estabelece alguns requisitos para a intervenção do *amicus curiae*. A relevância da matéria está presente nos recursos relativos a matérias com repercussão geral reconhecida e, em geral, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade. Nesses casos a relevância da matéria já existe em razão da necessidade de interposição do recurso ou do mero ajuizamento (critérios objetivos para aferição do requisito). Entretanto, nas outras demandas a relevância precisa ser analisada diante do caso concreto (critério subjetivo para aferição do requisito).

O requisito relevância da matéria requer que a questão jurídica objeto da controversa extrapole os interesses subjetivos das partes. Ou seja, a matéria discutida em juízo deve extravasar o âmbito das relações firmadas entre os litigantes. Cassio Scarpinela Bueno considera, ainda, que esse requisito deve ter relação com a necessidade de se trazer aos autos outros elementos que sirvam para a formação do convencimento do juiz.

A especificidade do tema tem relação com o conhecimento do *amicus curiae* acerca do tema objeto da demanda. Esse conhecimento, que pode ser técnico ou científico, deve ser útil ao processo e à formação da convicção do juiz ou do órgão julgador para o julgamento da matéria de direito.

Sendo assim, o *amicus curiae* só poderá ser admitido para efeito de manifestação quando os seus conhecimentos puderem auxiliar na resolução da controvérsia. Para tanto, o julgador deve verificar a necessidade (ou não) de se analisar o mérito não apenas através dos documentos trazidos pelas partes, mas, também, por meio de elementos fáticos que tenham relação com a demanda.

Para possibilitar a intervenção do *amicus curiae*, o órgão julgador não deve observar apenas o aspecto jurídico da questão, mas, também, os reflexos ou a repercussão que a controvérsia pode gerar no âmbito da coletividade. Questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que suplantem os interesses individuais das partes, merecem a intervenção de pessoas ou entidades representativas da sociedade civil. Daí porque também se exige a repercussão social da controvérsia.

Saliente-se que o *amicus curiae* não intervém no processo para defender seus próprios interesses. A participação formal de pessoa (física ou jurídica), órgão ou entidade, deve se fundamentar na necessidade de se defender os interesses gerais da coletividade ou aqueles que expressem valores essenciais de determinado grupo ou classe. É necessário, assim, que a intervenção seja admitida quando houver representatividade adequada, o que “não significa que o *amicus curiae* precise levar ao processo a manifestação unânime daqueles que representa (...). O que se quer é debater sobre pontos de vista diversos, sobre valorações diversas em busca de consenso majoritário; não a unanimidade”.

O requisito da representatividade também está presente no controle concentrado de constitucionalidade (art. 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868/99). Nesse ponto ele se assemelha ao requisito da “pertinência temática”, utilizado para aferição da legitimidade ativa *ad causam* nas ações de controle concentrado.

A relação de congruência que deve existir entre as finalidades do terceiro interveniente e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle concentrado, também precisa ser observada nas demais ações que possibilitem a intervenção do *amicus curiae*. Se, portanto, o objeto do processo não tiver qualquer relação com os fins institucionais da pessoa (física ou jurídica), órgão ou entidade especializada, não haverá representatividade adequada a justificar a intervenção.

O modo de intervenção do *amicus curiae* pode ser espontâneo ou provocado. Isso porque o art. 138, caput do novo CPC, utiliza a expressão “de ofício ou a requerimento das partes”, o que significa dizer que a

intervenção poderá se dar mediante manifestação do próprio *amicus curiae* (espontânea) ou através de sua intimação para manifestação em juízo (provocada).

Tanto no caso de a intervenção ser requerida pelo terceiro ou pelo juiz (ou relator), o *amicus curiae* terá o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar. Esse prazo só tem razão de ser nos casos de intervenção provocada, devendo ser contado a partir da intimação da decisão que, proferida de ofício, determinou a manifestação da pessoa, órgão ou entidade.

Após admissão do *amicus curiae*, caberá ao relator ou juiz definir os seus poderes (art. 138, § 2º). Em que pese a generalidade da redação, é preciso levar em consideração que a atuação do *amicus curiae* há de ser capaz de influenciar o julgamento da lide, aprimorando a decisão jurisdicional. Para tanto, deve o *amicus curiae* desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato para se atingir essa finalidade, como, por exemplo, requerer a produção de provas e manifestar-se oralmente.

Frise-se que a intervenção do *amicus curiae* não acarreta alteração da competência (art. 138, § 1º, 1ª parte), ou seja, a regra é que esse interveniente, ao ser admitido nos autos, irá se submeter à competência já fixada para o processo.

O CPC não estabelece o momento para a intervenção do *amicus curiae*. Entretanto, em sede de controle de constitucionalidade, o STF entende que o seu ingresso somente é possível até a inclusão do processo na pauta de julgamento.

No mesmo sentido também já se manifestou o STJ:

“A Seção, em questão de ordem levantada pelo Min. Benedito Gonçalves, indeferiu o pedido de terceiro para ingressar no feito como *amicus curiae*, ou assistente, uma vez que já pautado e iniciado o julgamento, com dois votos já proferidos”. (STJ, QO no REsp nº. 1.003.955/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12/11/2008)



Diante desse entendimento e levando-se em consideração a importância da atuação do *amicus curiae* para a instrução processual, acredito que a sua intervenção deve ser admitida a qualquer tempo, desde que antes de conclusos os autos para julgamento (nos processos de primeiro grau), ou até a data da remessa dos autos pelo Relator à mesa para julgamento (nos processos perante os tribunais).

A manifestação do *amicus curiae* é realizada por meio de petição simples. Quando a intervenção se der de forma espontânea, a petição deve conter as razões pelas quais a pessoa, o órgão ou a entidade pretende intervir no processo, bem como as suas considerações relativas ao mérito da causa. Frise-se que as informações apresentadas pelo interveniente não vinculam o juízo, razão pela qual a sua admissão não importa prejuízo para os litigantes.

Como visto, o novo CPC incluiu a intervenção do *amicus curiae* como uma das modalidades de intervenção de terceiros. Uma das implicações dessa topografia é que, em princípio, cabível seria o agravo de instrumento em face da decisão que admite ou inadmite a intervenção do *amicus curiae*, uma vez que, consoante previsão do art. 1015, IX, da decisão que interlocutória que versar sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiro, cabível é o agravo de instrumento.

Assim, levando-se em conta a especialidade do art. 138, pode-se concluir que a irrecorribilidade recai tão somente sobre a decisão que solicita (o próprio juiz) ou admite (pedido formulado pelas partes ou pelo próprio *amicus curiae*); quanto à decisão que indefere o pedido de intervenção, cabível é o agravo de instrumento.

A distinção, para efeitos recursais, entre decisão admite e inadmite a intervenção encontra justificativa na finalidade da participação do *amicus curiae* em todas as causas em que se verifica a relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia. Em razão da força vinculadora dos precedentes, o que for decidido em uma demanda com citadas características poderá servir de norma ou no mínimo de orientação para outras decisões em idênticas controvérsias. Dessa forma, salutar é que se democratize o processo, permitindo a intervenção de pessoa, órgão ou

entidade com adequada representatividade na qualidade de *amicus curiae*, a fim de se conferir legitimidade à norma (precedente) formada a partir da decisão judicial.

Aliás, com relação à legitimidade para interposição de recurso pelo *amicus curiae*, o novo Código seguiu o que dispõe o art. 7º, § 2º da Lei n.º 9.868/1999, bem como a jurisprudência firmada no STF.

Sobre esse ponto, deve-se ressaltar que a legitimidade recursal do *amicus curiae* se restringe à decisão que inadmite a sua intervenção. Uma vez admitido como *amicus curiae*, a pessoa natural ou jurídica não tem legitimidade para interpor recurso contra a decisão de mérito.

À guisa de síntese: a) a decisão que solicita ou admite a intervenção de *amicus curiae* é irrecorrível; b) a decisão que inadmite a intervenção de *amicus curiae* é recorrível: i) por agravo de instrumento, se tratar de decisão de juiz de primeiro grau; ii) por agravo interno se tratar de decisão monocrática de relator; iii) por recurso especial se tratar de decisão de órgão colegiado dos Tribunais de Justiça ou dos TRF's.

O CPC, além de possibilitar a interposição de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que não admite a intervenção, também oferece ao *amicus curiae* a possibilidade de oposição de embargos declaratórios (art. 138, § 1º, parte final). E vai mais além. Nos termos do § 3º, do art. 138, o *amicus curiae* também pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Embargos de declaração é espécie de recurso que tem por finalidade esclarecer decisão obscura ou contraditória, ou, ainda, integrar julgado omissis. Como o *amicus curiae* intervém no processo para auxiliar o juízo, pluralizando o debate acerca da matéria objeto da controvérsia, nada mais correto que legitimá-lo a interpor essa espécie recursal contra eventual sentença ou acórdão omissis, obscuro ou contraditório.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (ou IRDR) tem cabimento quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, for constatada uma multiplicação de ações fundadas em uma mesma tese jurídica. Com o objetivo de evitar decisões

conflitantes, o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público (art. 974), poderão requerer a instauração do incidente, que será dirigido ao presidente do tribunal onde a demanda estiver sendo processada.

O tribunal que processa o incidente tem o dever de velar pela uniformização e estabilização de sua jurisprudência. Para tanto, antes de decidir a questão, poderá ouvir as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983). Trata-se, portanto, de clara manifestação do *amicus curiae*, cuja finalidade é, sem dúvida, democratizar e enriquecer o debate.

A capacidade postulatória constitui pressuposto processual de validade e, em regra, é conferida aos advogados devidamente inscritos na OAB.

Para as hipóteses de intervenção de terceiros tratadas no CPC/73, não existem dúvidas quanto à necessidade de representação por advogado. O denunciado, o chamado, o oponente e o nomeado precisavam constituir advogado para intervir no feito, seja para postular ou para se defenderem.

No CPC, apesar de inexistir regra expressa sobre o assunto, entendo ser razoável exigir a representação por advogado em qualquer modalidade de intervenção, inclusive quando a ingerência nos autos se der pelo *amicus curiae*.

Sobre o tema, o STF, no julgamento da ADPF 180/SP, decidiu que o pedido de admissão do *amicus curiae* deve ser assinado por advogado constituído, sob pena de não ser conhecido. Entretanto, não há entendimento pacífico (seja na doutrina ou na jurisprudência). Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, considera ser desnecessária a representação por advogado nas intervenções provocadas, ou seja, naquelas solicitadas de ofício pelo juiz. Já Carolina Tupinambá defende que a obrigatoriedade da representação, seja na intervenção provocada ou na voluntária, pode constituir entrave à participação do *amicus curiae* no debate.

O *amicus curiae*, como visto, não se confunde com a intervenção de terceiros, uma vez que não se torna parte, já que não possui um interesse jurídico direto contra as partes e não pode praticar atos processuais que cabem a estas, como recorrer. O *amicus curiae* ainda não se confunde com a atuação do Ministério Público como *custus legis*, tendo em vista que não defende necessariamente interesse público, não é fiscal da lei e sua não atuação não implica qualquer dano ou prejuízo ao processo. Do mesmo modo, não se confunde com a figura do perito, que dentre outras diferenças recebe honorários pelos serviços prestados.

Considerando a grande importância do *amicus curiae* na tarefa hermenêutica, destacando informações, dados e entendimentos ainda não suscitados pelas partes ou até mesmo não contemplados pelo magistrado, percebe-se a sua importância na formação de um resultado interpretativo das leis e da própria Constituição. Nesse sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 322, a possibilidade de atuação do *amicus curiae* em todos os graus de jurisdição, incluindo a possibilidade de pessoas naturais serem admitidas como *amicus curiae*.

Na verdade, tendo em vista que a função do *amicus curiae* é colaborativa (colaborar com o juiz na obtenção de uma decisão judicial mais justa), seu interesse na causa deve ser meramente institucional.

Nesse sentido, o que se espera do *amicus curiae* é que ele parta da neutralidade, para, com base em seus conhecimentos específicos sobre o objeto do processo, inclinar-se no sentido de uma ou outra solução para a lide. É por conta do ponto de partida (a neutralidade) que se convencionou chamar esse terceiro interveniente de “amigo da Corte”, e não de “amigo da parte”.

A diferença é sutil, mas relevante. Do terceiro que ingressa no processo como assistente de uma das partes não se espera jamais uma posição de neutralidade, mas uma defesa aberta de um interesse próprio, conexo ou inter-relacionado com aquele que constitui o objeto central do processo. Já do amigo da Corte, se espera que tenha como ponto de partida a neutralidade (mesma neutralidade que é o ponto de partida da própria Corte), para que, mediante análise da causa sob seus

conhecimentos específicos, aí sim alcance o seu posicionamento a respeito da solução final a ser dada à lide.

Assim, embora o posicionamento do *amicus curiae* possa, por via reflexa, ir ao encontro de uma ou outra das teses discutidas pelas partes, inclinando a balança para um ou outro lado, sua atuação difere da atuação do assistente da parte justamente na consideração de seu ponto de partida, que dever ser a neutralidade.

Portanto, não há que se falar em absoluta imparcialidade do *amicus curiae*. Apesar de ser um colaborador do juiz, é permitido ao amigo da Corte ter opinião própria sobre o tema discutido, interpretar fatos, apresentar informações complementares, estudos, pareceres etc., desde que, sempre, partindo da neutralidade e fundamentando seu posicionamento final em elementos técnicos (interesse institucional), e não em interesses pessoais (interesse jurídico/processual).

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com características originárias do direito romano, o instituto do *amicus curiae* desenvolveu sua estrutura, conforme observa-se atualmente, no direito anglo-saxão, notadamente nos ordenamentos jurídicos britânico e americano. No Brasil, até a promulgação do Novo CPC, estava adstrito há hipóteses específicas, tais como controle concentrado de constitucionalidade, causas relativas ao direito societário, bem como previsão no Estatuto da OAB.

A Lei nº 13.015/2015, acertadamente, além de disciplinar o instituto do *amicus curiae*, ampliou o cabimento dessa intervenção, antes restrito a casos específicos. Atualmente, esse terceiro poderá ingressar em juízo e colaborar para o julgamento da causa, em qualquer procedimento ou instância, desde que atendidos os requisitos previstos em lei.

O Código de Processo Civil enfrentou questões polêmicas do antigo código, tais como a natureza jurídica da figura e o procedimento para a intervenção. Porém, não regulou o momento da intervenção, os poderes

processuais do amicus curiae, entre outros pontos que também suscitam divergências na doutrina e/ou jurisprudência.

De qualquer forma, é inegável a contribuição das inovações introduzidas pelo código de processo civil, no que se refere ao amicus curiae. E mais do que isso, a relevância do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as suas funções de legitimador das decisões judiciais, concretizador de diversos princípios de ordem constitucional e processual (democrático, da soberania popular, do acesso à jurisdição e da cooperação) e de amplificador do contraditório.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº 13.256, de 04/02/2016. 2º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. vol. 1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.015, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Neslon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7º ed. São Paulo: Método, 2015. vol. único.

## A FACULDADE DO HERDEIRO EM ACEITAR OU RENUNCIAR A HERANÇA

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

**Resumo:** O direito sucessório nada mais é do que um conjunto de normas reguladoras de transmissão de direitos após a morte de alguém, ou seja, “causa mortis”, além das regras que disciplinam cumprir a última vontade do morto. É o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinado bem, porém, para que isso aconteça, é preciso haver aceitação ou renúncia da herança.

**Palavras-Chave:** Direito Civil. Direito de Sucessões. Aceitação e Renúncia. Herança.

**SUMÁRIO:** 1-INTRODUÇÃO. 1.1-ACEITAÇÃO DA HERANÇA. 1.2-RENÚNCIA DA HERANÇA. 1.3-CONCLUSÃO. 1.4-REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

---

### 1-Introdução:

Com o presente trabalho, busca-se estabelecer critérios objetivos de como ocorre à aceitação ou renúncia da herança na sucessão legítima e no testamento. Conforme dispõe o artigo 1.804 do Código Civil:

“Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

Como aventado acima, pelo Princípio da Saisine os herdeiros recebem de forma automática a herança quando há a abertura da sucessão, porém, é necessário questionar se o herdeiro anui à transmissão dos bens do de cujus, ou seja, a confirmando-a ou não.

#### 1.1- Da Aceitação da Herança

A princípio é necessário possuir vocação para receber a herança sendo ela imprescindível para haver a transmissão, ou seja, o sucessor precisa estar vivo ou concebido na hora da morte, não podendo esquecer-se da exceção que trata dos filhos que poderão ser chamados, sendo estes indicados pelo testador, dentre demais requisitos que não é objeto em questão.

A aceitação da herança ocorre quando o sucessor manifesta a sua vontade através do ato aceitar, trata-se de uma confirmação, sendo que a lei concede ao herdeiro chamado à sucessão, a faculdade de aceitar ou renunciar a herança transmitida.

Esse período denominado de delação, manifestando a vontade para o Estado, ocorre dentro da Ação de Inventário. Portanto, a aceitação possui efeito retro- operante, ou seja, já que os direitos hereditários não nascem com ela, mas retroagem e *ex vi legis* à data do óbito do de cujus. Não importando a data da abertura do inventário, portanto ele não aceita, mas sim confirma que quer ser herdeiro por meio da manifestação de vontade.

Como vimos acima, a aceitação indispensável, podendo ser feita de diversas formas, sendo um negócio jurídico unilateral, vejamos quanto a sua forma:

**Aceitação Expressa:** a vontade surge para o Estado de forma documental, através de instrumento público (escritura pública) ou documento particular.

**Aceitação Tácita:** esse modo de aceitar é verificado pelo comportamento processual do herdeiro, ou seja, quando resulta de conduta própria do herdeiro. O modo de agir é incompatível com quem não quer aceitar. Olha-se para aquilo que os herdeiros estão fazendo, como juntar documentos ao processo, sendo que o seu comportamento demonstra a aceitação.

**Aceitação Presumida:** o Estado intima o herdeiro para manifestar a sua vontade, dando-lhe prazo não superior a 30 dias (de 1 a 30 dias), sendo que seu silêncio será considerado aceito a herança, ou seja, quando o herdeiro permanece silente depois de ter sido notificado. Um dos herdeiros não diz se aceita ou não herança, então o juiz o intima para manifestar. Seu silêncio presume aceitação. Caso ele faça documento é a aceitação expressa.



Vale ressaltar que toda aceitação deve ser total e nunca parcial, quando se aceita ser herdeiro, aceita o cargo, então aceita tudo ou não aceita nada. Se o herdeiro possuir direito pela lei ou pela vontade, ele precisa fazer duas delações, pode aceitar as duas, recusar uma e não a outra *et cetera*.

Todas as aceitações são diretas ou indiretas. A direta acontece quando a manifestação de vontade é realizada por quem possui vocação hereditária, exemplo: João morre, Maria demonstra aceitação por meio de documento, Joaquim por juntar documentos e José é intimado. Já a indireta ocorre quando a manifestação de aceitar não é feita por quem tem a vocação, mas por pessoa estranha a esse direito (terceiros), essa pessoa pode ser o sucessor do herdeiro ou credor do herdeiro, exemplo: Maria, herdeira, ao saber da herança morre (antes da delação); vêm seus herdeiros e aceitam, de forma indireta, por ela.

Quando houver credor do morto faz a habilitação, sendo ela feita no processo pelo banco para obter a sentença. Agora, se tiver credor do sucessor terá a penhora/aceitação.

### **1.2-Renúncia da Herança:**

A renúncia da herança também é um negócio jurídico uniliteral o ato formal de repúdio a uma herança aberta, em favor do sucessor, aqui não é admitido presunção, sendo que o herdeiro não é obrigado a aceitar a herança.

É preciso pensar antes de renunciar, não pode haver dúvidas, sendo porque toda renúncia é uma abdicação formal, ou seja, é necessário um documento indicando-a, pois é preciso que se tenha certeza.

Ela é irrevogável, com exceção dos casos de dolo, coação, induzimento ao erro, qualquer prova que demonstre vício de vontade, se isso ocorrer, irá ocorrer anulação da renúncia.

Ressaltando que toda renúncia é expressa, pra não haja nenhuma dúvida ou desconfiança, podendo ser feita por escritura pública ou por termo judicial (não podendo ser documento particular).

Vai ser considerada efetiva, depois que a escritura pública ou o termo judicial for juntado ao processo, se isso não acontecer, não

houve renúncia. Esse termo judicial é feito pelo judiciário a pedido do renunciante, o mesmo assina e em seguida será lavrado pelo cartório a pedido do juiz.

Existem duas espécies de renúncia: A abdicativa, sendo que o renunciante manifesta sua vontade de ficar estranho a sucessão aberta em seu favor, ou seja, demonstra também o seu desinteresse pela destinação da sua conta sucessória, vejamos um simples exemplo: se Maria, José e Joaquim renunciassem, a Saisinevolta para o dia 01/07/2017 procurando herdeiros na mesma classe, ou seja, filhos de João, o que não serão encontrados por conta da renúncia. Então, ela irá procurar novos herdeiros, sendo Pedro, Joana, Ana e Lúcia, dividindo a herança  $\frac{1}{4}$  para cada um.

A renúncia translativa ocorre quando o renunciante além de manifestar a sua vontade de ficar alheia a sucessão aberta, ele dará uma destinação de sua quota hereditária, ou seja, poderá indicar o beneficiário, sendo quem o renunciante quiser, mas não é uma doação, exemplo: “não quero a herança, deixo em favor do meu filho Pedro”.

Vejamos o artigo 1.810, 1.811 e 1.812:

Artigo 1.810: “Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente”;

Artigo 1.811: “Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça”;

Artigo 1.812: “São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança”.

Nota-se, que quando se refere à mesma classe são irmãos, netos, e a classe subsequente é sempre uma “categoria” depois daquela que está o direito. Se tiver pessoa da mesma classe, a herança não vai para classe diferente, a não ser que todos renunciaram e que seja o único da mesma classe (aqui ninguém ocupa o lugar do renunciante, a lei que “desce” procurando

herdeiro). Portanto, a distinção entre ambas (translativa e abdicativa), está no sentido dos tributos devidos, ou seja, a renúncia abdicativa o único imposto devido é o *causa mortis* e na renúncia translativa é devido também o *inter vivos*.

### **1.3- Conclusão:**

Desde que não haja prejuízo a ninguém, a jurisprudência permite que se renuncie depois de aceitar a herança. Porém, a lei diz que a aceitação será irrevogável depois de já iniciado o processo, diferentemente do que ocorre com a renúncia, quem nem a lei e nem a jurisprudência aceitam a revogação. Lembrando que pela Lei não há como renunciar. Pode ocorrer a anulação da renúncia, provando erro de vontade, como por exemplo, provando que o herdeiro que renunciou não estava em estado mental adequado quando assinou a renúncia, a ação é a Ação Anulatória de Ato Jurídico. Contudo, fica a faculdade de o herdeiro aceitar ou renunciar a herança.

### **1.4- Referências Bibliográficas:**

Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 7: direitos das sucessões/Carlos Roberto Gonçalves: 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)

Disponível

<http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/aceitacao-renuncia-heranca.htm>

em:

## ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

**ANTONIO AUGUSTO COSTA  
EVERTON JUNIOR:** Acadêmico do  
Curso de Direito da Universidade Federal  
do Maranhão.

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar as classificações doutrinárias a respeito das espécies tributárias no Brasil, bem como suas consequências nos respectivos regimes jurídicos.

O objeto central do Direito Tributário, pode-se dizer, é o tributo, assim entendido como conceito jurídico-positivo. É dizer, cada ordenamento jurídico define o que se deve entender pela figura tributária.

No Brasil, tal conceito encontra-se insculpido no artigo 3º do CTN, que deve ser entendido não como um conceito legal imune a escrutínios, mas sim como um conceito que só se reputa válido se de acordo com o delineamento constitucional do sistema tributário.

Voltaremos nossa atenção, contudo, não ao estudo do conceito de tributo, mas sim às espécies tributárias.

Abordaremos a seguir algumas classificações frequentemente mencionadas na doutrina e na jurisprudência, sem a pretensão de esgotar a análise do estudo classificatório dos tributos.

### **1. Tributos Federais, Estaduais e Municipais.**

Essa primeira divisão dos tributos enfoca a pessoa política titular da competência tributária para a instituição dos tributos.

Desse modo, são federais os tributos instituídos pela União, estaduais os instituídos pelos Estados-membros, distritais aqueles de competência do Distrito Federal, e municipais os instituídos pelos diversos Municípios.

Alguns tributos podem ser instituídos por todos os entes políticos. É o caso dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria.

O artigo 145 da CF deixa claro que todos os entes da Federação podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria.

As outras espécies tributárias (empréstimos compulsórios e contribuições especiais), por outro lado, não podem ser instituídas por qualquer ente federado, cabendo considerações específicas.

Em primeiro lugar, o empréstimo compulsório é de competência privativa da União, não podendo outra pessoa política instituí-lo.

No que tange às contribuições especiais, faz-se necessário uma análise mais detida, dada a pluralidade de contribuições dentro dessa espécie tributária.

Pode-se dizer que, em regra, as contribuições especiais são instituídas pela União. O artigo 149 da CF é explícito ao dizer que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

As contribuições devidas pelos servidores estatutários para financiar o respectivo regime próprio de previdência, porém, são instituídas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 149, § 1º da CF).

Ainda como exceção à regra de que as contribuições são instituídas pela União, temos a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, prevista no artigo 149-A da CF (incluído pela Emenda Constitucional 39/2002). Tal contribuição pode ser instituída pelos Municípios e pelo Distrito Federal, que podem cobrá-la na fatura de consumo de energia elétrica.

## **2. Tributos Fiscais, Extrafiscais e Parafiscais**

Os tributos fiscais, ou de função fiscal, são aqueles que possuem a função arrecadatória como predominante, objetivando assim, carrear recursos aos cofres públicos. Temos como exemplo de tributos fiscais o Imposto de Renda, o ITCMD e o ITBI.

Outros impostos, contudo, possuem uma função preponderantemente extrafiscal, caso em que destinam-se a estimular ou desestimular um determinado comportamento do contribuinte, ou até mesmo incentivar um setor econômico.

Dessa maneira, os impostos sobre o comércio exterior (II e IE) são nítidos exemplos de impostos extrafiscais, uma vez que sua função precípua não é o aporte de recursos ao Erário, mas sim a regulação de importações e exportações tornando-as mais ou menos onerosas, a depender das metas econômicas do País.

Uma observação se faz necessária. Nenhum tributo será exclusivamente fiscal ou extrafiscal, pois todo tributo instituído, inevitavelmente, arrecadará e também influenciará na economia e no comportamento dos contribuintes de certo modo.

## **3. Tributos Reais e Pessoais**

A distinção entre tributos pessoais e reais tem por base uma maior ou menor aproximação do aspecto material da hipótese de incidência do tributo com o aspecto pessoal.

Dessa forma, os impostos reais são aqueles que possuem uma maior identidade com o aspecto material da hipótese de incidência, tendo mais importância o fato ou a coisa que dá ensejo à tributação, sendo irrelevantes as condições ou características pessoais do contribuinte. A incidência do tributo ocorrerá da mesma forma para sujeitos passivos com qualidades completamente diferentes. Exemplos desses tributos são o IPI, o ICMS, o IOF, o ITR, entre outros.

Já os tributos pessoais são aqueles em que o aspecto material da hipótese de incidência mantém uma relação próxima com o aspecto pessoal da exação. Nesse caso, serão levadas em conta as qualidades pessoais do contribuinte, e o tributo incidirá de forma diferente conforme se alterem as características do sujeito passivo. O exemplo clássico de tributo pessoal é o Imposto de Renda, que no caso de pessoas físicas poderá ter uma série de deduções em relação a despesas do contribuinte com educação e saúde.

#### **4. Tributos Diretos e Indiretos**

Essa classificação leva em conta a repercussão econômica do tributo.

Os tributos diretos são aqueles cujo ônus econômico é suportado apenas pela pessoa eleita pela norma tributária como contribuinte da exação, chamado de contribuinte de direito. Nesse caso não há sujeitos estranhos à relação jurídico-tributária que arcarão financeiramente com o tributo. Exemplos de tributos diretos são os impostos sobre o patrimônio e a renda: IR, IPVA, ITBI, ITCMD.

Tributos indiretos, contrariamente, são os que possuem uma repercussão econômica, sendo pagos, indiretamente, por sujeitos alheios à relação jurídico-tributária, chamados de contribuintes de fato. Esse último é aquele sujeito que, apesar de não ter sido eleito pela norma tributária como a pessoa obrigada legalmente a adimplir a prestação pecuniária do tributo, suportará financeiramente o encargo tributário. Em outras palavras, é o patrimônio do contribuinte de fato que sofrerá uma redução com o tributo indireto. Há duas pessoas distintas: o contribuinte de direito e o contribuinte de fato.

Os exemplos dessa espécie são notadamente os impostos sobre a produção e sobre o consumo, tais como o ICMS e o IPI, que têm seus custos repassados ao consumidor final, compondo o preço dos produtos e mercadorias adquiridos.

Costuma-se fazer duas críticas a essa classificação. A primeira seria a de que essa classificação toma um aspecto econômico para definir uma realidade jurídica, trazendo para o Direito noções e conceitos que lhes são estranhos.

A segunda seria a de que mesmo os impostos diretos possuem repercussão econômica, já que até o Imposto de Renda, por exemplo, será computado como um custo da empresa na venda ou produção de suas mercadorias/produtos. Desse modo, mesmo que de forma oblíqua, os impostos diretos também são repassados ao consumidor final.

### **Conclusão**

Com estas breves considerações, acreditamos que as principais classificações doutrinárias a respeito das espécies tributárias foram abordadas, ainda que de forma sintética.

## A INCIDÊNCIA DO ICMS NA COMERCIALIZAÇÃO DE SOFTWARE E SUAS REPERCUSSÕES

**JÚLIA GOMES DE AZEVEDO:** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e pós-graduada em Advocacia Tributária pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM).

**RESUMO:** O ICMS, imposto de competência exclusiva dos Estados, tem em seu domínio material as operações de circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Especificamente em relação à circulação de mercadoria, tem-se, primeiramente, que esta não pode ser meramente física ou econômica, deve ser jurídica. A mercadoria, por sua vez, pode consistir tanto em bens móveis corpóreos quanto incorpóreos, desde que tenham finalidade comercial. Se a operação comercial tiver como objeto um programa de computador, segundo entendimento balizado do STF, haverá incidência ou do ISS ou do ICMS, a depender da forma como o *software* está sendo comercializado. Assim, o *software* de prateleira, à luz da jurisprudência, consiste em fato gerador do ICMS, sendo irrelevante para tanto o fato de ter sido transferido eletronicamente (*download*). Embora o STF já tenha firmado seu posicionamento acerca da matéria, são notórias as discussões doutrinárias que rondam o tema e trazem à baila o questionamento da legitimidade da incidência do ICMS em tais hipóteses.

**Palavras - Chave:** ICMS; Software; Mercadoria; Download.

**SUMÁRIO:** RESUMO 1 INTRODUÇÃO 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Materialidade do ICMS 2.2 Definição e proteção jurídica do software 2.3 Incidência do ICMS no comércio de software 3 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### 1 INTRODUÇÃO

O ICMS, imposto de competência exclusiva dos Estados, é atualmente a maior fonte de arrecadação tributária do país<sup>[1]</sup> e possui finalidade predominantemente fiscal, muito embora a Constituição Federal



permita a adoção de um caráter seletivo em prol da essencialidade das mercadorias e serviços.

Com efeito, a fim de garantir uma arrecadação uniforme e consequentemente coibir uma guerra fiscal entre os 27 entes da federação (26 Estados e o Distrito Federal), o constituinte estabeleceu uma série de normas no art. 155 da CF, a serem respeitadas pelos respectivos legisladores quando da regulamentação do imposto. Em reforço, delegou à lei complementar nacional o detalhamento de grande parte dos pontos complexos presentes no citado dispositivo.

Tendo como parâmetro essa moldura constitucional, o presente artigo busca analisar as principais nuances do campo de materialidade do ICMS, que, uma vez pontuadas, formarão a base da discussão acerca do enquadramento ou não do comércio de *software* em tal matéria, notadamente em caso de *download*. Então, a partir da construção desse arcabouço teórico, partir-se-á ao objetivo final específico, qual seja, ponderar sobre a legitimidade da incidência do ICMS à luz dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência das Cortes Superiores.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Materialidade do ICMS**

O art. 155, II, da Constituição Federal é o dispositivo que legitima a instituição do ICMS pelos Estados e pelo Distrito Federal, prevendo a incidência deste sobre as operações de circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, acrescentando, ainda, que o fato de iniciarem no exterior não afasta a sujeição ao imposto.

Desse campo material, insta salientar inicialmente que a circulação subsumida na norma não pode ser meramente física ou econômica. Com efeito, tal circulação, nas palavras de José Eduardo Soares Melo e Leandro Paulsen, “é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob um título jurídico [...]”<sup>[2]</sup>.

Com base nessa premissa, foi sumulado o entendimento de que não “constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, nos termos da Súmula nº 166 do STJ[3].

Assim é que algumas situações do cotidiano não irão se caracterizar como fato capaz de gerar a obrigação tributária, tais quais a mudança de sede ou filial em que há transferência de todo o estabelecimento, e por consequência, das mercadorias; e a mera reposição de produtos em bem locado pelo contribuinte[4].

No mesmo sentido, se posicionou o STF por meio da Súmula 573, segundo a qual “Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato”.

Nota-se que para fins de incidência do tributo em comento, é necessário que o deslocamento da mercadoria seja realizado como ato típico de mercancia, sob pena de ser indevida a tributação[5]. Dessa forma, a venda eventual e esporádica de bem móvel que integre o ativo fixo da empresa não irá constituir fato tributável pelo ICMS, conforme já se posicionou o STF:

**IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ATIVO FIXO - ALIENAÇÃO DE BEM. Longe fica de implicar violência a alínea b do inciso I do artigo 155 da Constituição Federal acórdão que haja resultado no afastamento da legitimidade da cobrança do imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação relativamente a operação que não se qualifique como de circulação de mercadoria como é a alusiva a **alienação esporádica e motivada pelas circunstancias reinantes de bem integrado ao****

**ativo fixo da empresa.** (STF - AI: 177698 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/03/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-04-1996). *Grifei.*

Para uma melhor compreensão do tema, é necessário fazer um breve apontamento sobre o objeto núcleo da circulação, ou seja, a mercadoria em si. Ricardo Alexandre, de forma esclarecedora, leciona acerca da existência de três conjuntos relacionados à questão: o das coisas, o dos bens e o das mercadorias. Enquanto o primeiro abrange tudo aquilo que existir, à exceção das pessoas, o segundo engloba apenas as coisas que possuem valor econômico, sendo, portanto, um verdadeiro subconjunto daquele[6].

O conjunto das mercadorias, por sua vez, é formado pelos “bens móveis que estão no mundo dos negócios com finalidade comercial”[7]. Daí se extrai que os bens imóveis não podem ser considerados como mercadorias, e o mesmo ocorre com os móveis que não sejam utilizados com intuito de praticar ato de mercancia.

Nesse ensejo, ensinam José Soares de Melo e Leandro Paulsen que mercadoria:

É o bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham classificação diversa, como é o caso do ativo permanente.[8].

Nota-se que, à primeira vista, os autores excluem do espectro de incidência do imposto as coisas incorpóreas. No entanto, a ilustre doutrina supracitada, atenta aos fins perseguidos pelo texto constitucional, aponta posteriormente que houve uma dilatação no conceito de mercadoria, tendo em vista a consagração de um bem incorpóreo, a energia, como bem apto a ensejar a incidência do ICMS[9], com fulcro no art. 155, §3º da CF[10].

Assim como a energia foi equiparada à mercadoria para efeito de sujeição ao ICMS, poderia se imaginar que o mesmo entendimento seria aplicado por analogia à água encanada. Todavia, no julgamento da ADI 2224/DF, a Suprema Corte entendeu não ser possível, uma vez que a hipótese é de prestação de um serviço público essencial e não de mercadoria<sup>[11]</sup>, conforme se depreende da ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO.  
RESOLUÇÃO Nº 98/89 QUE APROVOU CONVÊNIO NA FORMA DA LC 24/75, EM QUE AUTORIZA ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL A CONCEDERAM 'A ISENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES COM ÁGUA NATURAL CANALIZADA, NAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL'. EDIÇÃO DO CONVÊNIO 77/95, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE AUTORIZA RIO DE JANEIRO E RIO GRANDE DO SUL A REVOGAREM A ISENÇÃO DO ICMS PARA A ÁGUA CANALIZADA. RESOLUÇÃO Nº 2.679/96, QUE LEVA A EFEITO O CONVÊNIO 77/95. REQUERIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DOIS ÚLTIMOS ATOS NORMATIVOS, SOB A ALEGAÇÃO DE: 1) **ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO DE ÁGUA CANALIZADA COMO MERCADORIA**; 2) LEGITIMIDADE DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA FIRMAR CONVÊNIOS QUE TRATEM DE ISENÇÃO DE ICMS, NA FALTA DE LEI COMPLEMENTAR. NECESSÁRIA A COMPREENSÃO DA EXTENSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS - ART. 155, II, CF, PARA IDENTIFICAR O QUE CONSTITUI OU NÃO FATO GERADOR DO ICMS. **JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL QUE ENTENDE NÃO SER A ÁGUA CANALIZADA MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO PÚBLICO. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, SE A SUSPENSÃO DA**

NORMA IMPUGNADA FIZER RESSURGIR NORMA ANTERIOR TAMBÉM INCONSTITUCIONAL, ESTAS DEVERÃO SER IMPUGNADAS NA INICIAL. O QUE NÃO SUCEDEU. SE DECIDIR ESTE TRIBUNAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO 77/95, HAVERÁ A REPRISTINAÇÃO DO CONVÊNIO ANTERIOR - Nº 98/89. AÇÃO NÃO CONHECIDA. (STF - ADI: 2224 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 30/05/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 13-06-2003)[12]. *Grifei.*

Ainda dentro da materialidade do imposto estudado, no tocante aos serviços, como já foi mencionado, só constituem fatos geradores da norma tributária tão somente os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os de comunicação. Assim, é de fácil constatação que nem o transporte intramunicipal, nem o realizado para o exterior será capaz de gerar a incidência do ICMS[13].

Em relação aos serviços de comunicação, dois entendimentos consolidados no âmbito jurisprudencial merecem menção. Em síntese, as Súmulas 334 e 350 – ambas do STJ – preveem a não incidência do ICMS nos serviços de provedores de internet e de habilitação de telefone celular, respectivamente.

Feita essa abordagem sobre os aspectos mais importantes da incidência do ICMS, é preciso delinear as nuances de um bem cujas características peculiares trazem notórias discussões acerca da sua natureza de mercadoria ou serviço, o *software*.

## **2.2 Definição e proteção jurídica do *software***

A princípio, é necessário alertar que, a despeito de existirem noções mais técnicas ligadas à Ciência da Computação acerca do *software*, no presente trabalho o abordaremos em seu sentido mais corriqueiro. Desta forma, pode-se dizer que *software* nada mais é do que um programa de computador, ou ainda, nos termos da Lei 9.609/98:

[...] é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.[\[14\]](#)

Diante do alargamento das fronteiras da tecnologia da informação, é clara a constatação de que os programas de computador estão fortemente sujeitos à pirataria nos dias atuais. Por esse motivo a sua proteção não pode ser negligenciada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo imperativa uma normatização efetiva acerca da matéria[\[15\]](#).

Nesse contexto, atualmente encontra-se sedimentada no Brasil a posição de que o *software*, apesar de não se enquadrar totalmente no conceito de obra artística, é protegido pelo direito autoral como bem imaterial produto do engenho humano, sendo amparado, portanto, pela Lei 9.610/98. Tal diploma permite, dentre outras coisas, que aquele que viole direito autoral relacionado à programa de computador seja responsabilizado civilmente pelos prejuízos causados[\[16\]](#).

No que diz respeito às relações jurídico-contratuais que têm o *software* como objeto, a tutela ocorre principalmente por meio do contrato de licença de uso. Através dele o detentor dos direitos autorais do programa concede a outrem o direito de usá-lo de forma não-exclusiva por tempo indeterminado[\[17\]](#).

Tal relação contratual é muito comum quando se fala em duas categorias de softwares, os de prateleira e os de gestão empresarial. Enquanto os primeiros são vendidos diretamente por seus desenvolvedores ou representantes, os *softwares* de prateleira são comercializados no varejo[\[18\]](#).

Insta ressaltar que existe ainda uma segunda espécie de tutela contratual, qual seja, o contrato de serviço, por meio do qual o licenciante se compromete a realizar o trabalho de implantação do programa em troca

de uma contraprestação. Nesse ponto, a doutrina tece sérias críticas à omissão da Lei 9.609/98, que não cuidou da instalação do *software*, mas tão somente do serviço de manutenção[19], o que deixou o licenciante em evidente desamparo[20].

Tendo formado a base do entendimento sobre a definição e a diferença existente entre o chamado *software* de prateleira e o *software* sob encomenda, agora é necessário adentrar no núcleo do presente artigo - a legitimidade da incidência do ICMS nos contratos que envolvem os *softwares* e a transferência eletrônica de dados.

### **2.3 Incidência do ICMS no comércio de *software***

A delimitação dos impostos incidentes sobre os programas de computador é tema frequentemente discutido na doutrina e ainda não se encontra pacificado na jurisprudência, existindo julgados com entendimentos diversos. Quanto ao seu enquadramento como fato gerador do ISS, há fundamento legal na Lei Complementar nº 116/2003[21], que prevê como tributáveis os serviços que envolvam o *software*.

Entretanto, dúvidas pairavam (e ainda pairam) acerca da incidência do ICMS, motivo pelo qual o STF, na tentativa de resolver a celeuma e corroborando com os interesses do Fisco Estadual, decidiu pela incidência dos dois impostos mencionados, a depender da destinação do *software*. Veja:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CIRCULAÇÃO.

1. SE AS OPERAÇÕES ENVOLVENDO A EXPLORAÇÃO ECONOMICA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR SÃO REALIZADAS MEDIANTE A OUTORGA DE CONTRATOS DE CESSÃO OU LICENÇA DE USO DE DETERMINADO "SOFTWARE" FORNECIDO PELO AUTOR OU DETENTOR DOS DIREITOS SOBRE O MESMO, COM FIM ESPECIFICO E PARA ATENDER A DETERMINADA NECESSIDADE DO USUARIO, TEM-SE CARACTERIZADO O

**FENOMENO TRIBUTÁRIO DENOMINADO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PORTANTO, SUJEITO AO PAGAMENTO DO ISS (ITEM 24, DA LISTA DE SERVIÇOS, ANEXO AO DL [406]/68).**

2- SE, POREM, TAIS PROGRAMAS DE COMPUTAÇÃO SÃO FEITOS EM LARGA ESCALA E DE MANEIRA UNIFORME, ISTO E, NÃO SE DESTINANDO AO ATENDIMENTO DE DETERMINADAS NECESSIDADES DO USUARIO A QUE PARA TANTO FORAM CRIADOS, SENDO COLOCADOS NO MERCADO PARA AQUISIÇÃO POR QUALQUER UM DO POVO, PASSAM A SER CONSIDERADOS MERCADORIAS QUE CIRCULAM, GERANDO VARIOS TIPOS DE NEGOCIO JURÍDICO (COMPRA E VENDA, TROCA, CESSÃO, EMPRESTIMO, LOCAÇÃO ETC), SUJEITANDO-SE, PORTANTO, AO ICMS. (STJ - REsp: 123022 RS 1997/0017225-2, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 14/08/1997, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.10.1997). *Grifei.*

Assim, o que se formou no panorama tributário foi a divisão de que o *softwaresob* encomenda seria um serviço tributável pelo ISS, enquanto o de prateleira consistiria em mercadoria fato gerador do ICMS, o que é criticado de maneira contundente pela doutrina, já que “[...] não se pode deixar de apontar que as hipóteses de incidência e fatos geradores do ICMS e do ISS não se confundem, não podendo ser distinguidas unicamente pela forma de comercialização de um bem ou serviço”<sup>[22]</sup>.

Nesse sentido, Gabriel Paulino Marzola Batiston entende ser descabida a distinção utilizada pela Suprema Corte para definir o tributo aplicável em cada caso, tendo em conta que mesmo adquirindo a um programa comercializado no varejo, o usuário não deixa de aderir conjuntamente a um contrato de licença ou cessão dos direitos de uso, o que denota fato gerador do ISS e não do ICMS<sup>[23]</sup>.



Como já foi abordado, o campo de materialidade do ICMS não se restringe à circulação de bens corpóreos. Em sendo assim, prevalece também no STF o entendimento no sentido de que será válida a incidência desse imposto até mesmo sobre os programas adquiridos por meio de *download*, isto é, transferência eletrônica de dados, sem necessidade de vinculação a um suporte físico, se a legislação estadual assim dispuser[24].

Não parece ser a posição mais acertada, tendo em vista que, como enfatizado no início deste trabalho, a incidência do ICMS sobre mercadoria pressupõe circulação, transferência da disponibilidade do bem, o que não acontece quando determinado consumidor faz o *download* de um *software*. Ora, nesse caso, há tão somente a aquisição de uma licença de uso do programa, não passando o consumidor a ser detentor do bem[25].

Outrossim, a doutrina aduz o fato de o entendimento jurisprudencial estar ultrapassando os fins pretendidos pela norma constitucional, até porque como questiona Gustavo Brigagão, “É possível aplicar conceitos que foram desenvolvidos para um mundo de circulação física de bens e com limites territoriais claros às novas operações que surgiram com a internet?”[26].

O principal motivo dessa indagação é a impossibilidade de se delimitar com precisão a localização das partes envolvidas nas operações de comércio eletrônico, diante das características peculiares que norteiam tais contratos, dificultando, por sua vez, a fiscalização por parte do Fisco. Assim, parte da doutrina conclui que a legitimidade da incidência do tributo nessa hipótese depende de uma regulamentação legal que promova a devida adequação[27].

Diante do exposto, pode-se afirmar que, embora defendida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, permanece controversa na doutrina a aceitabilidade da incidência do ICMS nas operações que envolvam *softwares*, especialmente naquelas que ocorrem via transferência eletrônica de dados[28].

## 5 CONCLUSÃO

Com a revolução tecnológica insurgida nos últimos anos, novas relações contratuais surgiram, clamando por uma tutela jurídica que se adeque aos seus aspectos peculiares. Assim aconteceu com os contratos de cessão de uso dos *softwares*, operações comerciais cujas nuances parecem carecer de regulamentação jurídica específica, tendo em vista o despertar constante de novas discussões.

Com efeito, na tentativa de elucidar a situação jurídica objeto de estudo deste artigo, a doutrina restou demonstrado que os tribunais fizeram algumas interpretações à margem da finalidade buscada pelo texto constitucional, de certa forma extrapolando seus limites hermenêuticos, de modo que, se a tributação já foi consolidada como constitucional, o mínimo que se pode fazer a partir de agora é regular por meio de uma lei os aspectos gerais envolvidos na comercialização de *software*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BATISTON, Gabriel Paulino Marzola. **Entendimento sobre a incidência de ISS ou de ICMS no licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador**. Disponível em: <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRIGAGÃO, Gustavo. **ICMS não incide sobre o download de softwares**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/consultor-tributario-icms-nao-incide-download-softwares>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

NETO, Ulisses. **Não incidência de ICMS sobre a comercialização de software**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3960, 5 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27566>>. Acesso em: 5 de março de 2016.

ROCHA, Hilton Ricardo. **Software & Direito - Dos contratos: Licença de uso e serviços**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1914](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1914)>. Acesso em 5 de março de 2016.

SOUZA, Márcia Cristina Pereira de. **Proteção jurídica do software**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

TRINDADE, Jocenara. **A eficácia da proteção jurídica concedida aos programas de computador**. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br>>. Acesso em: 06 de março de 2016.  
NOTA:

[1] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário esquematizado. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 579.

[2] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. Impostos federais, estaduais e municipais. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 253.

[3] Disponível em: . Acesso em: 05 de março de 2016.

[4] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 253.

[5] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 262.

[6] ALEXANDRE, Ricardo, op. cit.; p. 580.

[7] ALEXANDRE, Ricardo, op. cit.; p. 580.

[8] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 254.

[9] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 254.

[10] Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...] § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

[11] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 264.

[12] Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[13] ALEXANDRE, Ricardo, op. cit.; p. 583.

[14] Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[15] SOUZA, Márcia Cristina Pereira de. Proteção jurídica do software. Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[16] TRINDADE, Jocenara. A eficácia da proteção jurídica concedida aos programas de computador. Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[17] ROCHA, Hilton Ricardo. Software & Direito - Dos contratos: Licença de uso e serviços. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: . Acesso em mar 2016.

[18] ROCHA, Hilton Ricardo, op. cit.

[19] Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

[20] ROCHA, Hilton Ricardo, op. cit.

[21] [...] 1 – Serviços de informática e congêneres.

[...]1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

[22] NETO, Ulisses. Não incidência de ICMS sobre a comercialização de software. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3960, 5 maio 2014. Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2016.

[23] BATISTON, Gabriel Paulino Marzola. Entendimento sobre a incidência de ISS ou de ICMS no licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[24] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 260.

[25] BRIGAGÃO, Gustavo. ICMS não incide sobre o download de softwares. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: . Acesso em: 06 de março de 2016.

[26] BRIGAGÃO, Gustavo, op. cit.

[27] BRIGAGÃO, Gustavo, op. cit.

[28] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 315.

## OS LIMITES DA REVISTA DE EMPREGADOS

**ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:**  
Advogado. Mestrando em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar os limites para que ocorra a revista de empregados. É exposto que é possível que ela ocorra como uma exceção e, de preferência, sem contato físico ou que não cause constrangimento ao empregado, pois isto violaria à intimidade e a dignidade do trabalhador. A jurisprudência trabalhista admite a revista de pertences, por meio de contato visual, mas tende a reprimir as revistas íntimas. Não obstante, a depender do caso concreto, é possível que a revista íntima seja a única alternativa para proteger os bens do empregador. Em situações da espécie, a conduta parece ser lícita e não revestida de abuso do poder diretivo capaz de ensejar uma indenização por danos morais.

**Palavras-chave:** Trabalho. Empregado. Intimidade. Revista. Poder diretivo.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 As medidas de segurança para proteger o patrimônio. 3 A revista de pertences dos empregados. 4 A revista íntima do empregado. 5 Conclusão.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A revista de empregados é um tema que, por vezes, gera atritos na relação de trabalho.

É certo que o empregador pode e deve buscar resguardar o seu patrimônio de condutas delitivas porventura perpetradas por um

trabalhador faltoso. Por outro lado, o empregado tem o direito de ver resguardada a sua intimidade e dignidade, com apoio, inclusive, constitucional.

Nessa senda, o presente artigo pretende, de maneira sucinta, responder a seguinte indagação: quais são os limites para que ocorra a revista de um empregado?

## 2 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA PROTEGER O PATRIMÔNIO

O empregador pode possuir em suas dependências objetos valiosos, tais como equipamentos de informática, dinheiro ou joias.

Por conta disso, há uma preocupação natural em mitigar o risco de perdas dos seus bens.

Quando se trata de um estranho, alheio ao quadro funcional da empresa, o empregador utiliza de mecanismos de proteção como muros, cercas elétricas, portas reforçadas, dentre outros itens de segurança.

Contudo, o empregado tem acesso facilitado a bens que um terceiro não teria neste exemplo hipotético.

Assim, o empregador acaba por buscar alternativas adicionais para impedir ações delituosas em seu estabelecimento.

Uma das soluções que pode ser ventilada é a revista, geralmente após a jornada de trabalho, dos funcionários.

## 3 A REVISTA DE PERTENCES DOS EMPREGADOS

Sobre o tema, o TST possui decisões que admitem a revista visual nos pertences dos empregados ao entendimento de que, desde que não realizada de maneira discriminatória ou com ofensa à intimidade e dignidade do trabalhador<sup>[1]</sup>, se trata do exercício dos poderes de direção e de fiscalização próprios do empregador<sup>[2]</sup>:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA VISUAL DE BOLSAS E ARMÁRIOS. Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a revista visual de pertences dos empregados, feita de forma impessoal e indiscriminada, é inerente aos poderes de direção e de fiscalização do empregador

e, por isso, não constitui ato ilícito. No presente caso, do quadro fático delineado pelo acórdão regional, entendo que não ficou evidenciado abuso de direito no procedimento de revista adotado pelo réu. Não se registrou, por exemplo, a existência de contato físico com os empregados, nem a exposição indevida destes durante a revista, ou então a adoção de critérios discriminatórios, para a realização da inspeção. Assim, não se há de falar em ato ilícito da reclamada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

**RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. EMPREGADO SUBMETIDO A REVISTAS VISUAIS EM BOLSAS, ARMÁRIOS E VEÍCULOS.** O entendimento adotado pelo Regional demonstra sintonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a revista visual realizada nos pertences dos empregados (bolsas, armários e veículos), de forma razoável, assim considerada aquela em que não ocorre contato corporal ou despimento e desvinculada de caráter discriminatório, não configura, por si só, ato ilícito a ensejar a reparação por dano de índole moral, mas constitui exercício regular do poder de direção e fiscalização do empregador. Recurso de Revista não conhecido.

Vê-se, das decisões acima transcritas, que, ainda que juridicamente admitida a revista, são necessárias algumas cautelas na conduta do empregador ou de seu preposto ao revistar o empregado vistoriado, na medida em que a revista pode ser entendida como violação à dignidade humana e ao direito à intimidade.

A esse respeito, cumpre ressaltar que a intimidade e a dignidade do trabalhador encontram guarida no artigo 5º da Constitucional Federal, bem como, no caso de empregada, há expressa vedação legal no art. 373-A da CLT.



Para evitar atingir à intimidade ou dignidade do trabalhador, que caso provada tal conduta pode dar ensejo a ação de reparação por danos morais, a revista deve ser realizada da maneira menos invasiva possível, de forma superficial, através de simples constatação visual, por exemplo, em mochilas, sacolas e bolsas, com o intuito único e exclusivo de verificar se os pertences carregados são estritamente de caráter pessoal. Ou seja, é prudente que o empregador, em regra, não realize qualquer contato íntimo ou revista corporal, resumindo-se o ato à verificação visual.

Sobre isso, Eduardo Pragmático Filho leciona<sup>[3]</sup>:

A revista, ela é possível, mas ela deve ser uma revista impessoal, deve ser combinada previamente. Deve ser prevista em algum acordo coletivo ou convenção coletiva ou em algum regulamento da empresa dizendo que pode haver a revista. A empresa, ela sempre deve utilizar o meio mais alternativo possível. Mas, se não puder, se não tiver um jeito, aquela revista deve ser feita de forma superficial, de forma impessoal, mas nada que atinja a dignidade dos trabalhadores.

Na mesma esteira, Alice Monteiro de Barros<sup>[4]</sup> entende que a revista não pode ocorrer como primeira opção do empregador, mas sim quando seja o último recurso por falta de outras medidas preventivas eficazes:

A nosso ver, a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas (...). Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal (...).

Observa-se, portanto, que a revista dos pertences do obreiro deve ser feita vedando, em regra, a revista íntima, vexatória ou que possa caracterizar constrangimento além do necessário para a proteção do

patrimônio do empregador. Ademais, a revista deve ter cunho genérico, para que não caracterize o ato como discriminatório, já que todo o universo de funcionários pode ser alvo da verificação de pertences.

Além disso, é necessário que o empregado tome conhecimento da possibilidade de revista, bem como a sua forma, nas normas da empresa ou no código de conduta empresarial, com o intuito de demonstrar que ele tinha pleno conhecimento que naquela empresa existe normas de segurança que podem resultar em uma revista.

Ultrapassada tal questão, pergunta-se: será que em nenhum caso é possível a revista íntima do empregado?

#### **4 A REVISTA ÍNTIMA DO EMPREGADO**

De acordo com a jurisprudência do TST, a revista íntima configura abuso de direito do empregador e ofensa à intimidade do obreiro o que viabiliza a condenação ao pagamento de indenização por danos morais<sup>[5]</sup>:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA PESSOAL. CONTATO FÍSICO. VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que a mera revista visual realizada nos pertences dos empregados (bolsas, armários e outros), de forma razoável e sem caráter discriminatório, não configura, por si só, ato ilícito a ensejar a indenização por dano moral, constituindo exercício regular do poder de direção e fiscalização do empregador. No presente caso, todavia, é possível extrair do acórdão regional que houve revista íntima com contato físico, ainda que de forma moderada e eventual, o que, sem dúvida, demonstra a violação da intimidade da reclamante e o constrangimento por ela sofrido, em flagrante abuso de direito por parte do empregador. Por outro lado, o quantum indenizatório (R\$3.000,00) revela-se compatível com a extensão do dano, a condição econômica dos envolvidos e o caráter pedagógico da condenação, em plena observância aos

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem promover o enriquecimento ilícito da reclamante. Incólumes os dispositivos invocados. Dissenso de teses não configurado. Recurso de revista não conhecido.

No entanto, ainda que haja uma certa resistência da doutrina e da jurisprudência para situações em que o empregado possa ser exposto a situações humilhantes, como é o caso de uma revista íntima ou com contato físico, não se pode olvidar que, a depender das peculiaridades da empresa, pode ser necessário se valer deste meio para a proteção do patrimônio.

Basta pensar, por exemplo, em uma tesouraria em que há uma grande movimentação de dinheiro em espécie ou uma joalheria que possua milhões de reais em pequenas pedras preciosas.

Nestes casos, que caracterizam situações excepcionalíssimas, a utilização de outros meios de proteção patrimonial, como detector de metais ou câmeras de vigilância, podem não ser suficientes para proteger os bens do empregador.

É certo que a relação empregatícia é pautada na fidúcia depositada pelo empregador em seu empregado, e este deve pautar sua conduta pela ética e boa-fé com o seu patrão, mas, infelizmente, isto nem sempre ocorre, principalmente quando envolve grandes quantias em que a ganância pode suplantar uma conduta proba.

Mesmo que uma conduta faltosa possa ser sancionada, com base no poder diretivo do empregador, até mesmo com a dispensa por justa causa, a depender da gravidade da falta, quando se envolve grande patrimônio que pode ser facilmente subtraído parece que a segurança dos bens do empregador deve prevalecer, excepcionalissimamente, frente a intimidade obreira, pois a sanção é insuficiente para restabelecer o dano causado.

Neste caso, a revista íntima é defensável juridicamente e pode ser feita, se outros meios de proteção não estiverem disponíveis, desde que feita de forma moderada, dentro de uma conduta patronal razoável para a situação.

Claro que deve se buscar outros meios de segurança patrimonial menos invasivos, como roupas especiais, monitoramento intensivo com câmeras, cofres ou restrição de acesso a determinadas áreas da empresa. Porém, se, mesmo assim, a segurança dos bens estiver vulnerável, em razão da relação empregatícia, é um direito do empregador adotar medidas para evitar perdas patrimoniais.

É certo que a jurisprudência é firme, tanto no TST como nos Tribunais Regionais, no sentido de que constitui um ato de abuso de direito, passível de indenização por danos morais, a revista pessoal do empregado, mesmo quando se está em jogo a proteção do patrimônio do empregador<sup>[6]</sup>.

Não obstante, não se pode olvidar que, a depender do caso concreto, a revista íntima é a única alternativa de proteção ao patrimônio.

Neste caso, cabe redobrar os cuidados no trato com o obreiro, evitando ao máximo contato físico, íntimo ou vexatório. Se, por exemplo, a revista visual de um empregado, ou empregada, de roupa íntima for suficiente para a proteção patrimonial, é desproporcional apalpar o obreiro ou a obreira vistoriada. De igual forma, o preposto responsável pela vistoria deve ser do mesmo gênero, bem como a revista deve se dar individualmente e em uma cabine que garanta o mínimo de privacidade, para evitar maiores constrangimentos perante o corpo funcional.

A reforçar tal argumento, a própria polícia, no exercício do seu poder, ao fazer uma batida policial, acaba por ter que, em casos excepcionais, em nome da segurança pública, vistoriar, ainda que rapidamente, o corpo do suspeito, em busca de algum objeto ilícito sem que isto se configure um abuso de autoridade. Do mesmo modo, o empregador, no exercício do seu poder diretivo e fiscalizatório, em nome da segurança de seu patrimônio, excepcionalmente, pode ter que realizar uma revista pessoal.

Isto não deve ser encarado, a depender do caso concreto, como um ato abusivo ou ilícito do empregador, mas apenas um regular exercício fiscalizatório. Em situações da espécie, a indenização é incabível e eventual ação judicial não merece prosperar.

Por fim, cabe ressaltar que, da mesma forma que na revista de pertences, o empregado deve ser previamente cientificado de como procede a empresa em relação a revistas dos seus obreiros, deixando claro que é possível, ainda que como exceção, a necessidade de revista pessoal.

## 5 CONCLUSÃO

A revista de empregados acaba por gerar uma tensão adicional na relação trabalhista estando em jogo, de um lado, a intimidade e dignidade do trabalhador e, do outro, a segurança patrimonial do empregador.

Como visto, é possível que ela ocorra como uma exceção e, de preferência, sem contato físico ou que não cause constrangimento ao empregado, pois isto violaria à intimidade e a dignidade do trabalhador.

A jurisprudência trabalhista admite a revista de pertences, por meio de contato visual, mas tende a reprimir as revistas íntimas.

Não obstante, a depender do caso concreto, é possível que a revista íntima seja a única alternativa para proteger os bens do empregador. Em situações da espécie, a conduta do empregador parece ser lícita e não revestida de abuso do poder diretivo capaz de ensejar uma indenização por danos morais.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª Ed. São Paulo: LTr. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional da 12ª Região. *RO 03816-2008-016-12-00-0*. Relatora: Viviane Colucci. Data de Publicação: 06/11/2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 154800-12.2012.5.13.0023*. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 02/10/2013. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 04/10/2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 367000-67.2007.5.09.0245*. Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. 8ª Turma. Data de Julgamento: 11/10/2011. Data de Publicação: DEJT 14/10/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 371400-80.2007.5.09.0001*. Relator Ministro Pedro Paulo Manus. 7ª Turma. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: DEJT 02/09/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Você sabe quais são os limites da revista pessoal no trabalho?* Disponível em: . Acesso em: 20/02/2017.

NOTAS:

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 367000-67.2007.5.09.0245*. Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. 8ª Turma. Data de Julgamento: 11/10/2011. Data de Publicação: DEJT 14/10/2011.

[2] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 371400-80.2007.5.09.0001*. Relator Ministro Pedro Paulo Manus. 7ª Turma. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: DEJT 02/09/2011.

[3] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Você sabe quais são os limites da revista pessoal no trabalho?* Disponível em: . Acesso em: 20/02/2017.

[4] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª Ed. São Paulo: LTr. 2010. p. 589.

[5] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 154800-12.2012.5.13.0023*. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 02/10/2013. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 04/10/2013.

[6] BRASIL. Tribunal Regional da 12ª Região. *RO 03816-2008-016-12-00-0*. Relatora: Viviane Colucci. Data de Publicação: 06/11/2009.

## A ESPERANÇA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013)

**EDMILSON MACHADO DE ALMEIDA NETO:** Advogado. Bacharel em Direito pela UnB.

**Resumo:** Até o ano de 2013, dificilmente uma empresa era punida no Brasil pela prática de atos de corrupção. A punição se restringia ao corrupto (funcionário público), esquecendo que para se romper com a lógica da corrupção é necessário também punir o corruptor (empresa). É nesse contexto que nasce, em 1º de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção. Fruto de uma grande pressão internacional e de uma população insatisfeita com inúmeros casos de corrupção, ela surge com o objetivo de preencher um vazio que até então existia em nosso sistema jurídico. Trata-se de um diploma normativo atual, que adota a responsabilidade objetiva (civil e administrativa) de pessoas jurídicas pela prática de ato de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Em sintonia com as mais importantes legislações do mundo, introduz instrumentos modernos e arrojados que se adaptam as particularidades da corrupção. É justamente sobre essa inovação legislativa e a sua contribuição para o combate da enraizada corrupção perpetrada por pessoas jurídicas que iremos analisar neste trabalho.

**Palavras- chaves:** Lei nº 12.846/2013; Lei Anticorrupção; Direito Administrativo; Responsabilidade Objetiva;

---

### Introdução

Não é nenhuma novidade dizer que a corrupção gera efeitos nefastos para o nosso país. Ela ataca o desenvolvimento econômico, o bem-estar da população e a própria legitimidade das instituições do nosso do Estado Democrático de Direito.

Um estudo realizado pelo Departamento de Competividade e Tecnologia (Decomtec) da Fiesp (Federação das Indústrias de São Paulo), com dados de 2008, revelou que a corrupção causa prejuízos econômicos da ordem de R\$ 69 bilhões de reais por ano, montante que, se fosse

corretamente investido, representaria, estimativamente, as seguintes melhorias: a) na saúde, a quantidade de leitos para internação nos hospitais públicos do SUS poderia crescer 89%; b) na educação, o número de matriculados na rede pública de ensino fundamental saltaria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos, ou seja, aumento de 47%; c) na habitação, o número de moradias populares cresceria 74,3%; d) no saneamento, a quantidade de casas com esgoto poderia crescer 103,8%, diminuindo os riscos de saúde na população e a mortalidade infantil; e) na infraestrutura, os quilômetros de ferrovias saltariam dos 2.518 atuais para 15.748 (aumento de 525%), passariam dos atuais 12 portos para 184 (incremento de 1523%) e , por fim, teríamos 277 novos aeroportos.<sup>[1]</sup>

Em tal quadro, também não são novos os esforços adotados pelo Brasil para tentar acabar ou, pelo menos, atenuar essa situação crítica.

No plano internacional, aderindo ao regime global de proibição da corrupção, o Brasil assinou, aprovou e ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); a Convenção Internacional contra a Corrupção(ONU); a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional ( Convenção de Palermo) e Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE).

Já no plano interno, pode-se dizer que todas as Constituições anteriores (1824,1891,1934,1937,1946,1967,1969) exigiram probidade na Administração Pública e, em especial, a Constituição de 1988 ampliou o leque de proteção e respeito à legalidade e à moralidade, bem como apresentou mecanismos de controle e repressão à corrupção.

Na seara infraconstitucional, várias são as leis que tratam do tema da corrupção no Brasil, em diferentes perspectivas e finalidades. Temos como exemplo, a Lei do Impeachment (1.079/1950); a Lei da Ação Popular (4.717/65); a Lei de Improbidade Administrativa (8429/1992); Lei de Licitações (8.666/93); a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/1998); etc.

Dessa forma, o que não falta em nosso ordenamento jurídico são leis que visam combater a corrupção, formando, nas palavras de Vladimir Aras, um **microsistema de promoção da integridade pública**<sup>[2]</sup>, o qual



abrange desde a Constituição da República até normas internacionais e leis específicas sobre o tema.

### **Possíveis razões da corrupção no Brasil**

Diante de todo esse arcabouço normativo, o que justificaria o exercício tímido, fraco e incompleto do poder sancionador estatal no combate à corrupção? Como explicar tanta corrupção em nosso país?[3]

Essa é uma daquelas perguntas para qual não temos uma resposta exata e precisa, sendo que qualquer uma que tenha essa pretensão estará de alguma forma incompleta. Contudo, podemos indicar determinados fatores que, a nosso entender, contribuem para esse atual quadro e que não são resolvidos pelas legislações supracitadas.

Primeiramente, nossas legislações que visam combater os atos de corrupção têm, historicamente, concentrado as funções de investigar e responsabilizar os culpados nas mãos do Ministério Público, deixando o julgamento e a aplicação das sanções a cargo do Poder Judiciário. A atuação das pessoas jurídicas lesadas tem sido limitada e insuficiente, não por vontade própria, mas por não possuírem instrumentos eficazes de punição dos infratores. Quando muito, conseguem realizar a responsabilização administrativa dos servidores diretamente envolvidos nos atos lesivos, deixando o restante nas mãos dos órgãos externos.

Interessante mencionar que mesmo tendo poucos mecanismos de combate à corrupção, a punição no âmbito administrativo tem sido mais frequente do que no judiciário. Isso em parte é explicado pela morosidade e pelo grande número de recursos judiciais existentes em nossa legislação[4]. Ademais, não são raros os acolhimentos de alegações amplas e genéricas de violações a direitos fundamentais como matéria defensiva, ou a anulação de toda uma investigação por alguma nulidade visivelmente irrelevante.

Em segundo lugar, na esmagadora maioria dos casos, somente é punido por ato de corrupção o funcionário público corrupto. É evidente que ele deve ser sim punido; entretanto, a punição deve alcançar igualmente os

corruptores. É uma lógica clara: não existe corrupto sem corruptor. Apesar de tal obviedade, nosso sistema tem se concentrado sobre os agentes do Estado que se corrompem diante das vantagens que lhe foram oferecidas, não incidindo na mesma medida, sobre os corruptores. Nesse sentido, entende Dalmo de Abreu Dallari:

“Mas cabe aqui uma indagação: seria possível a existência de um corrupto sem a parceria com um corruptor? A resposta óbvia é « não » e qualquer pessoa de bom senso e razoavelmente informada sabe que a corrupção ocorreu porque dela participou ativamente um interessado em obter vantagem ilícita, ou eliminando previamente eventuais concorrentes numa licitação, ou realizando menos do que o contratado ou, ainda, utilizando material inferior para aumento de seus ganhos. E não é raro que as pessoas mais atentas e informadas não tenham qualquer dúvida quanto à ação corruptora de uma empresa interessada, a qual, quando se trata de uma grande obra, com frequência é uma empresa de grande porte. E os agentes dessa corrupção, os que, valendo-se de seu poder econômico ou de sua influência política, envolveram servidores em práticas de corrupção, esses até agora ficaram ocultos e impunes, apesar de causarem prejuízos, às vezes muito graves, ao interesse público.” [5]

Como desdobramento lógico da concentração da punição no judiciário e da não responsabilização do corruptor, chegamos a um terceiro fator que justifica a grande corrupção no Brasil: trata-se de um crime extremamente vantajoso. Isso porque é um delito que dificilmente é descoberto e quando é, os culpados raramente são punidos. Em outras palavras, é um “crime que compensa”, em que os riscos são pequenos, as penas leves e as recompensas altas.

A própria impunidade acaba alimentando ainda mais a corrupção. Vira um ciclo vicioso, em que os beneficiados por atos corruptos ostentam

a ausência de punição e acabam por estimular novos atos de corrupção. Como consequência, além de vantajosa, a corrupção passa a adentrar em vários segmentos dos setores públicos, em que todos querem se beneficiar.

Um quarto e último fator que, em nosso entender, alimenta o atual quadro caótico de corrupção é o conformismo da população. Em razão do baixíssimo grau de instrução formal da população brasileira, a corrupção não é vista como um crime propriamente dito. Auferir vantagens ilícitas para si ou para outrem é, para muitas pessoas, algo moralmente aceitável, sendo no máximo taxado como uma infração leve, que não seria comparável aos “crimes bárbaros”, como o homicídio ou latrocínio. Assim, para boa parte da sociedade, somente há crime quando existente a violência; em outros casos, seriam meros deslizes. Nesse sentido, Kleber Martins de Araújo aduz que:

“Pensando desse modo, são poucos os brasileiros que entendem que alguém não merece o adjetivo de “pessoa de bem” somente por ter sonegado tributos, constituído uma empresa de fachada ou em nomes de laranjas, fraudado uma licitação, superfaturados obras, recebido propina ou se apropriado de recursos públicos. Mesmo ciente do envolvimento desse alguém em ilícitos desse jaez, respondem negativamente quando questionados se conhecem algum “fato” desabonador da conduta do mesmo; certamente, tais “irregularidades”- expressão frequentemente utilizada para diminuir a gravidade dos crimes envolvidos- não são suficientes para envergonhar seus autores perante a sociedade.” [6]

Dessa forma, temos uma população adormecida, que acaba incentivando ainda mais a corrupção. Ao escrever sobre o tema, Nicolao Dino acrescenta que:

“(...) Eventual postura conformista diante de comportamentos corruptos se mostra tão nociva quanto a própria corrupção. Uma sociedade anestesiada, num cenário adverso de má gestão, de patrimonialismo deletério e de descaso com o dinheiro público é incapaz de bem construir o seu próprio destino”. [7]

### **Conclusão**

Diante desses fatores, podemos chegar à conclusão que temos, sim, muitas leis que objetivam combater a corrupção; entretanto, mesmo que fossem rigorosamente aplicadas, seriam insuficientes para reverter todos os fatores aqui mencionados. Nossas legislações são incapazes de punir objetivamente o corruptor, de conferir mecanismos eficientes às pessoas jurídicas lesadas e de por um fim ao ciclo vicioso da corrupção.

Chegamos, assim, a uma situação curiosa em que, apesar da grande relevância dos bens jurídicos envolvidos, a resposta do Estado se mostra pífia.

A lógica correta seria: quanto mais importantes são determinados bens jurídicos, maior deveria ser o rigor na punição de condutas que os violem. Nesse sentido, temos a corrupção como um dos ilícitos mais prejudiciais ao conjunto de bens jurídicos constitucionais tutelados, sendo praticada, muita das vezes, por infratores bem preparados, ágeis e influentes no cenário político e econômico do nosso país.

Assim, a omissão do Estado em não propiciar instrumentos e mecanismos eficientes no combate à corrupção estaria violando a própria Constituição quando dela se extrai uma exigência de proteção adequada a esses bens jurídicos. Nessa perspectiva, surge o “princípio da proibição da proteção ineficiente”, o qual emana diretamente do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, aponta o Professor Lênio Streck:

"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja,

a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." [8]

É nesse contexto que nasce a Lei 12.846/2013. Ela surge como um instrumento necessário para que o Estado cumpra o mandamento constitucional de proteção eficiente dos bens jurídicos que são violados pelos atos de corrupção, preenchendo, assim, uma lacuna que existia em nosso sistema jurídico.

Inicialmente, a Lei Anticorrupção vem colocar em cena os corruptores, que até então, como bem salientou Dalmo Dallari, eram esquecidos por nosso sistema jurídico. Seu foco é a punição das pessoas jurídicas que, através de atos de corrupção, causam lesões à Administração Pública, prevendo para elas, duras penas administrativas e civis. Assim, começa a ser corrigida a omissão, ilógica e injusta, que protegia o corruptor.

Trata-se de um diploma inovador, que adota a responsabilidade objetiva aos atos de corrupção causados por pessoas jurídicas e traz ferramentas compatíveis com o "*modus operandi*" da corrupção, como o Acordo de Leniência e o Cadastro Nacional de Pessoas Punidas.

Ademais, a novel legislação incentiva o empresariado a criar mecanismos internos para prevenir a corrupção, como os programas

de *compliance*, onde se busca estimular uma cultura de não tolerância a atos que envolvem a malversação de recursos públicos dentro das próprias empresas.

Finalmente, o novo texto legal possibilita que pessoas jurídicas públicas lesadas tenham capacidade ativa para demandar contra atos de corrupção. Por meio de processos administrativos de responsabilização, permite-se que a própria pessoa jurídica instaure e puna os infratores no âmbito administrativo, além de possibilitar que ajuízem ações requerendo a aplicação de sanções civis. Assim, o legislador permite que não só os órgãos externos tenham a possibilidade de responsabilizar os corruptos, como também, as próprias vítimas, garantindo uma maior efetividade da Lei.

Dessa forma, utilizando-se de inovadores instrumentos de cooperação entre o setor público e o privado, de uma responsabilização rápida e de pesadas penas, a Lei busca romper com o ciclo vicioso anteriormente descrito, fazendo com que as multas comecem a pesar nos bolsos dos infratores; que os bens e valores obtidos ilicitamente sejam devolvidos; que as empresas infratoras tenham suas atividades paralisadas; que sejam impedidas de contratar ou receber incentivos do Poder Público, ou, em alguns casos, que sejam até mesmo dissolvidas.

Assim, espera-se que a Lei gere um temor nessas empresas e que, numa análise econômica, passe a ser mais vantajoso para elas agir de maneira correta do que de maneira corrupta.

Portanto, a Lei 12.846/2013 vem como uma esperança no combate à corrupção, levando-nos a acreditar que não será somente mais uma lei entre tantas. Esperamos que com sua efetiva aplicação, juntamente com as outras normas já existentes, possamos extirpar, de uma vez por todas, esse mal presente em nossa sociedade, trazendo, assim, o tão esperado desenvolvimento econômico do nosso país, aumentando o bem-estar de nossa população e, finalmente, fazendo ressurgir a confiança nas instituições do Estado Democrático de Direito.

## **Bibliografia**

ARAS, Vladimir. *A nova Lei Anticorrupção Brasileira*. 30 jan. 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/01/30/a-nova-lei-anticorruptao-brasileira>>. Acessado em 10/03/2015

ARAÚJO, Kleber Martins. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm., 2015.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DALLARI, Dalmo. Punição para o Corruptor. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 20 jan. 2014. Disponível em : <<http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/03/20/punicao-para-o-corruptor/>> Acessado em 10/03/2015.

FILHO, André Pimentel. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARTINS, Aluisio de Souza. *O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO DESAFIO TRANSNACIONAL*. Revista FAETE. Disponível em: <[http://www.faete.edu.br/revista/OCOMBATEaCORRUPO\\_COMO\\_DESAFIO\\_TRANSNACIONAL.pdf](http://www.faete.edu.br/revista/OCOMBATEaCORRUPO_COMO_DESAFIO_TRANSNACIONAL.pdf)> Acessado em 02/03/3018

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180

#### **Notas:**

[1] FIESP. Custo da Corrupção no Brasil chega a 69 bilhões por ano. 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corruptao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>> Acessado em: 9/3/2015.

[2] ARAS, Vladimir. *A nova Lei Anticorrupção Brasileira*. 30 jan. 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/01/30/a-nova-lei-anticorruptao-brasileira>>. Acessado em 10/03/2015

[3] Segundo o *Corruption Perceptions Index* (CPI), ou índice de percepção da corrupção, o Brasil está na posição 69ª (2014) dos países mais corruptos do mundo. Estamos atrás de Brunei, Chile, Uruguai, Namíbia, Lesoto, Ruanda, Cabo Verde, Gana, Cuba, e de muitos outros países.

[4] O levantamento realizado pelos pesquisadores do Instituto de Direito Público (IDP) constatou que, do universo de 441 demitidos por corrupção, apenas 257 (58%) foram alvo de ações judiciais. Dentre eles, 150 foram processados criminalmente e poderiam ser punidos com prisão. Além dos 14 condenados em definitivo, 45 receberam condenações pendentes de recurso. Os demais 107 processos são por improbidade administrativa (com previsão de penas administrativas, civis e patrimoniais, mas não de prisão). Essas ações geraram sete condenações definitivas e 13 pendentes de recurso. (<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-condena-apenas-47-dos-suspeitos-de-corrupcao-ay4ug33jj713e0wzbi45nq15a>) (acessado em: 10/3/2015)

[5] DALLARI, Dalmo. Punição para o Corruptor. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 20 jan. 2014. Disponível em : <<http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/03/20/punicao-para-o-corruptor/>> Acessado em 10/03/2015.

[6] ARAÚJO, Kleber Martins. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. P.198

[7] SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 10

[8] Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180



## TECNOLOGIA ASSISTIDA: AUTONOMIA, QUALIDADE DE VIDA E INCLUSÃO SOCIAL

REGINA ELAINE SANTOS CABETTE  
UNISAL / LORENA1

BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE  
UNISAL / LORENA2

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE  
UNISAL / LORENA3

**Resumo4:** Esta pesquisa tem como finalidade a criação, adequação ou inovação de recursos, equipamentos e/ou produtos para a melhoria da condição de pessoas com deficiência física ou que possua qualquer tipo de mobilidade reduzida (v.g. idosos) permanente ou temporária, promovendo maior independência alcançada e inclusão social. Em todos os sentidos tem-se o desenvolvimento tecnológico a favor da sociedade no que diz respeito a transformar a vida e torná-la mais simples; logo se pode tornar a vida de pessoas com deficiência não apenas mais

---

1 Doutora em Engenharia e Tecnologia Aeroespacial, Mestre em Física na área de Dinâmica Orbital e Planetologia, Licenciada em Física e Professora de Cálculo do Curso de Engenharia do Unisal e Coordenadora do Projeto Unisal Celeritas, Membro do Grupo de Pesquisa DAMA do Unisal e Pesquisadora Colaboradora da Pós – Graduação em Física da Unesp.

2 Bacharel em Direito pelo Unisal.

3 Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

4 Trabalho interdisciplinar apresentado originalmente e publicado nos Anais do III CONISE – Congresso Internacional Salesiano de Educação – Direitos Humanos e Formação de Professores – tensões, desafios e propostas, out., Lorena: Unisal, 2017.

simples, mas sim, realmente possível. A tecnologia assistiva surge nos dias atuais como um novo horizonte na assistência à melhoria da habilidade funcional. As soluções de tecnologia assistiva são selecionadas e qualificadas conforme os propósitos funcionais que se busca e são divididas em categorias (BERSCH, 2013). O objetivo do projeto é estudar vários tipos de deficiência humana, verificar toda sua dificuldade para com a sociedade, procurando solucionar o problema da inclusão social com o estudo e utilização de diversas categorias da tecnologia assistiva. O projeto é totalmente interdisciplinar e multidisciplinar, envolvendo conhecimentos concretos sobre os direitos humanos, a constituição e sua aplicação verídica, sobre o movimento e ergonomia do corpo humano, o processo de socialização, inclusão social e vida digna, sobre materiais acessíveis, resistentes e adequados às necessidades do corpo humano e a condição financeira do cidadão etc. e para tal, envolve profissionais capacitados e verdadeiramente dispostos a solucionar e proporcionar vida feliz, livre e justa a todos os cidadãos sem discriminação de nenhum tipo. São os profissionais da área do direito, das engenharias, da física/química, da medicina, da fisioterapia, entre outras. Os resultados alcançados com a pesquisa e o projeto como um todo visam à real inclusão social e à dignidade das pessoas com deficiência por meio da tecnologia assistiva, realmente aplicada e empregada na criação de medidas, produtos, recursos e serviços que possibilitam o desenvolvimento autônomo, favorecem a mobilidade e a acessibilidade em geral.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos, Vida Digna, Acessibilidade, Fisiatria, Tecnologia Assistiva, Produtos, Ergonomia, Inclusão Social.

### **Introdução**

Quais alternativas e soluções pode a sociedade adotar, criar e/ou galgar para que todos tenham autonomia, qualidade de vida e inclusão social para uma vida digna e possível?

O tema é claramente interdisciplinar, pois que implica num conjunto de medidas que somente podem ser levadas a termo com a concorrência de várias

áreas, tais como aquelas tecnológicas, as sociais e humanas e a jurídica. Esta última é essencial, seja porque já há uma gama enorme de leis, convenções, decretos, resoluções e portarias que tratam internamente e externamente da questão da acessibilidade e dos direitos das pessoas com deficiência, as quais precisam ser postas em prática na sua interface com os demais ramos implicados; seja porque em algum ponto pode ser necessário ainda ampliar ou promover melhoras na regulamentação dessas questões.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República já deu o primeiro passo criando o Comitê de Ajudas Técnicas em 2006, sendo que, sem que a sociedade cobre realmente apoio e incentivo, e muito mais importante, se a sociedade não se mobilizar em prol da criação de recursos e serviços que tornem a vida das pessoas portadoras de deficiência ou limitações possível, a sociedade permanecerá desigual e injusta. Hoje o termo Ajudas Técnicas é conhecido como Tecnologia Assistiva e trata de uma área do conhecimento interdisciplinar para criação e/ou adequação de produtos, serviços e estratégias que visem o progresso da acessibilidade promovendo autonomia, qualidade de vida e inclusão social, não só às pessoas com mobilidade reduzida, mas também para sua família que sofre junto com todo esse processo preconceituoso e limitante (RIBOLI, 2010).

Em agosto de 2007, o CAT/ SEDH / PR aprovou o termo Tecnologia Assistiva como sendo o mais adequado e passa a utilizá-lo em toda a documentação legal por ele produzida. Desta forma, estimula que o termo tecnologia assistiva seja aplicado nas formações de recursos humanos, nas pesquisas e referenciais teóricos brasileiros. O comitê sugere também que se façam os possíveis encaminhamentos para revisão da nomenclatura em instrumentos legais.

A aprovação no CAT para a oficialização do termo tecnologia assistiva leva em conta a ausência de consenso sobre haver diferença conceitual entre os termos pesquisados no referencial teórico internacional. Os conceitos aplicados a

cada um destes termos ora se assemelham, ora mostram algumas diferenças, principalmente na abrangência, pois podem referir-se especificamente a um artefato ou podem ainda incluir serviços, práticas e metodologias aplicadas ao alcance da ampliação da funcionalidade de pessoas com deficiência.

O CAT considera também que há uma tendência nacional já firmada da utilização do termo Tecnologia Assistiva no meio acadêmico, nas organizações de pessoas com deficiência, em setores governamentais (MEC, MCT, CNPq) e no mercado de produtos. Justifica ainda que tecnologia assistiva, por ser um termo criado para representar um conceito específico nos remete diretamente à compreensão deste conceito e se solidifica.

O CAT propõe ainda que as expressões "**tecnologia assistiva**" e "**ajudas técnicas**", neste momento, continuem sendo entendidas como sinônimos, pois em nossa legislação oficial ainda consta o termo "ajudas técnicas".

O serviço de TA agregará profissionais de distintas formações como engenheiros, arquitetos, designers, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, médicos, assistentes sociais, psicólogos, entre outros, para o atendimento do usuário da TA.

De acordo com o CAT: "Consideram-se ajudas técnicas, para os efeitos deste Decreto, os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social. Parágrafo único. São ajudas técnicas:

- I - próteses auditivas, visuais e físicas; II - órteses que favoreçam a adequação funcional;
- III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;

IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;

V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;

VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;

VII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal” (LIMA.2007).

Existe uma classificação em três níveis diferentes: classe, subclasse e detalhamento da classificação, com explicações e referências. O primeiro nível mais geral de classificação tem onze classes de produtos assistivos, respectivamente, para (BERSCH, 2013):

- 1 - Tratamento médico pessoal;
- 2 - Treinamento de habilidades;
- 3 - Órteses e próteses;
- 4 - Proteção e cuidados pessoais;
- 5 - Mobilidade pessoal;
- 6 - Cuidados com o lar;
- 7 - Mobiliário e adaptações para residenciais e outras edificações;
- 8 - Comunicação e informação;
- 9 - Manuseio de objetos e equipamentos;
- 10 - Melhorias ambientais, ferramentas e máquinas;
- 11 – Lazer (BERSCH, 2013).

Este projeto visa a aplicação da tecnologia assistiva para criar, implementar e adequar recursos, equipamentos e produtos em geral para a população, buscando meios de acessibilidade inovadores, modernos e, principalmente, mais baratos, que estejam ao alcance da população como um todo, sem restrição de classe social e/ou financeira. Possibilitar às pessoas com

deficiência viver de forma autônoma e participar inteiramente de todos os aspectos da vida com a criação e/ou adaptação de equipamentos e recursos tais como meios de transporte, instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e locais de trabalho:

- a) Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência a custo acessível;
- b) Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, tornando-os disponíveis a custo acessível;
- c) Incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência.

Além disso, o projeto ainda conta com o objetivo de estruturar a área de conhecimento e competências da tecnologia assistiva e políticas públicas, estudar a elaboração de normas a respeito da tecnologia assistiva e promover a criação de recursos humanos e pessoas especializadas na área.

### **Direitos Humanos**

Como visto, a temática das chamadas “Tecnologias Assistivas” constitui uma via de concreção da inclusão das pessoas com deficiência e de promoção de uma igualdade material, conforme mandamentos nacionais (constitucionais, ordinários e regulamentares). Essa via aproxima o Direito posto interna e externamente das áreas tecnológicas, sociais e humanas, não em uma relação meramente multidisciplinar ou auxiliar, mas, necessariamente, em uma relação interdisciplinar e até mesmo, transdisciplinar, em que os saberes precisam de contato íntimo e em que cada um dos envolvidos na pesquisa se dispõe a uma troca de conhecimentos complementares em imbricação e jamais sobreposição. Os Direitos Humanos, para cujo exercício e pleito não se exige mais do que tão somente a pertença à categoria dos seres humanos, independentemente de raça, cor, etnia, religião, origem, condição financeira ou atributos físicos ou intelectuais; somente podem ser mais do que meras normas “programáticas”, letras postas em

papéis, mediante a atuação concreta da pesquisa inter e transdisciplinar realizada nos moldes deste trabalho. É por meio da consideração das normas jurídicas nacionais e internacionais postas às pessoas com deficiência e seu direito a uma vida plena e digna, que se pode partir para uma união de saberes e para a produção efetiva de dispositivos capazes de promover uma facilitação e/ou uma superação de obstáculos práticos para que as pessoas com deficiência possam exercer plenamente sua condição humana de forma digna.

Dessa maneira, por um véu de esquecimento ou indiferença, acobertamos diuturnamente a desigualdade e a ofensa à dignidade humana das pessoas com deficiência. Violamos, no mínimo por via omissiva, seus direitos humanos mais fundamentais de acesso ao estudo, à informação, ao lazer, à saúde física e mental, à expressão, à cultura etc. Isso pode ser feito de forma inconsciente, mas essa inconsciência não torna menos cruel e injusta a desigualdade e a violação à humanidade dessas pessoas. Como bem aduz Dworkin:

“Um sistema político não – igualitário não se torna justo simplesmente porque todos acreditam equivocadamente que é justo” (DWORKIN, 2012, p. 22).

A pesquisa, produção e investimento em instrumentos, aparelhagens, vias diferenciadas e toda espécie de inovação com vistas à inclusão social da pessoa com deficiência, implica, claramente, em um tratamento privilegiado desse grupo social. Não obstante, não se trata de uma discriminação condenável ou negativa e sim de uma *discriminação positiva*, pois que vai ao encontro da promoção dos direitos fundamentais dessas pessoas.

O grande ideal do projeto é a colaboração para a autenticidade e possibilidade de vida digna a todos, além de proporcionar aos profissionais envolvidos a formação de recursos humanos, aprendizado interdisciplinar e ainda, a enorme satisfação em aliviar e tornar possível e feliz a vida das pessoas com deficiência ou idosas e de seus familiares. Além de toda parcela ferramental o

projeto visa contribuir para a definição de políticas públicas quanto ao tema, que a cada segundo se torna mais urgente.

O que se pretende é realmente a aplicação das políticas públicas, avançar na área da tecnologia assistiva, trazendo grande desenvolvimento social, tecnológico e humano para a sociedade em geral. No aspecto científico pretende-se impactar com criação de novas tecnologias e inventos também na área da tecnologia assistida para o bem comum e proteção e aplicação dos direitos humanos (SILVA, 2017).

No campo jurídico há vasta gama de normas que se consubstanciam em tratados e convenções internacionais, a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU – 1948), até, mais especificamente, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 186/08. Dessas normativas internacionais se estabelece a necessidade de promover à igualdade e inclusão das pessoas com deficiência, usando de instrumentos jurídicos internos, mas, principalmente, partindo desses instrumentos jurídicos para a realização de projetos capazes de criar condições de efetiva participação em igualdade desses indivíduos na sociedade plural e democrática.

A Constituição Federal de 1988 abraça o “Princípio da Igualdade” em seu artigo 5º., “caput” e segue no reconhecimento de especiais tratamentos às pessoas com deficiência com o claro objetivo de promover à igualdade material reclamada pela igualdade formal instituída como direito fundamental (v.g. artigo 37, VIII; artigo 203, V; artigo 208, III; artigo 227, § 1º., II e § 2º.).

Outros diplomas legais abordam a questão dos hipossuficientes e a necessidade de tratamentos especiais, em estrito cumprimento das normas convencionais e constitucionais pertinentes. São exemplos o Estatuto da Criança e



do Adolescente (Lei 8069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e, principalmente, o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/16).

bem pouco crível e até ingênuo crer que a iniciativa privada vá se debruçar na tarefa da promoção da acessibilidade, inclusão, igualdade e consequente dignidade das pessoas com deficiência. Nesse passo, é de esperar que o impulso para essas ações positivas de inclusão parta de políticas públicas, fomentadas pelo Estado em conjunto com a sociedade civil. É nesse aspecto que a pesquisa com o incentivo estatal, realizada pelas universidades públicas e privadas, é um instrumento imprescindível para a concretização dos ideais acima expostos (BOBBIO, 1992).

assim que os Direitos Humanos das pessoas com deficiência poderão superar o nível já alcançado de reconhecimento e até de positivação de normas legais internas e externas, passando para ações concretas de produção de instrumentos, aparelhos, vias de comunicação e facilitação capazes de, com sustento na juridicidade, na ética, na ciência e na tecnologia, tornarem concretos direitos fundamentais abstratamente estabelecidos. Este é o diferencial que justifica e torna imprescindível o apoio a esta pesquisa: sua capacidade, pelo trânsito harmonioso entre as diversas áreas do conhecimento implicadas, de tornar efetiva a inclusão social das pessoas com deficiência.

### **Engenharias e Tecnologia Assistiva**

No âmbito da tecnologia assistiva, as engenharias desempenham um papel amplo e fundamental. Dentre as especialidades das engenharias podem-se citar algumas das mais notórias:

- Engenharia mecânica – cria, desenvolve, projeta e supervisiona a produção de máquinas, equipamentos, veículos, e ferramentas específicas da indústria mecânica. Cria protótipos e testa os produtos obtidos, define normas e procedimentos de segurança, acompanha e

analisa testes de resistência. E na tecnologia assistiva utiliza-se todo esse conhecimento da área da mecânica para a criação e desenvolvimento de equipamentos e produtos para auxiliar na mobilidade do deficiente físico.

- Engenharia Elétrica / Eletrônica - projeta e desenvolve componentes, equipamentos e sistemas eletroeletrônicos empregados em automação industrial, sistemas de geração, transmissão e distribuição de eletricidade e eletrônica de consumo (aparelhos de rádio, TV e vídeo). O engenheiro elétrico atua na tecnologia assistiva juntamente com o engenheiro mecânico, desenvolvendo todo artefato elétrico necessário a cada projeto.

- Engenharia de Produção - é fundamental em empreendimentos de quase todos os setores. Cabe a ele gerenciar os recursos humanos, financeiros e materiais de uma empresa a fim de elevar sua produtividade e rentabilidade. Ao associar conhecimentos de engenharia a técnicas de administração e fundamentos de economia, é capaz de propor procedimentos e métodos que racionalizam o trabalho, aperfeiçoam a produção e ordenam as atividades financeiras, logísticas e comerciais de uma organização. Essa área de conhecimento atua na tecnologia assistiva estudando a viabilidade financeira, gerenciamento de recurso humanos e logística da produção dos recursos e serviços.

- Engenharia Civil - projeta, gerencia e executa obras como casas, prédios, pontes, viadutos, estradas e barragens. Constrói ou reforma, especifica as redes de instalações elétricas, hidráulicas e de saneamento do edifício e define o material a ser usado. Na tecnologia assistiva pode ser útil na edificação de residências,

escolas, prédios etc. com foco na acessibilidade e criação de ambientes favoráveis à situação do deficiente físico.

- Engenharia de Computação -projeta e constrói computadores, periféricos e sistemas que fazem a integração entre hardware e softwares, utilizando placas e circuitos e pode projetar sistemas digitais, computadorizados e robôs. Na tecnologia assistiva pode efetuar todo tipo de automação em equipamentos, residência etc.

E assim para todas as áreas de conhecimento das engenharias em geral. A tecnologia assistiva nas engenharias pode ser separada em dois campos:

**a) Recursos**

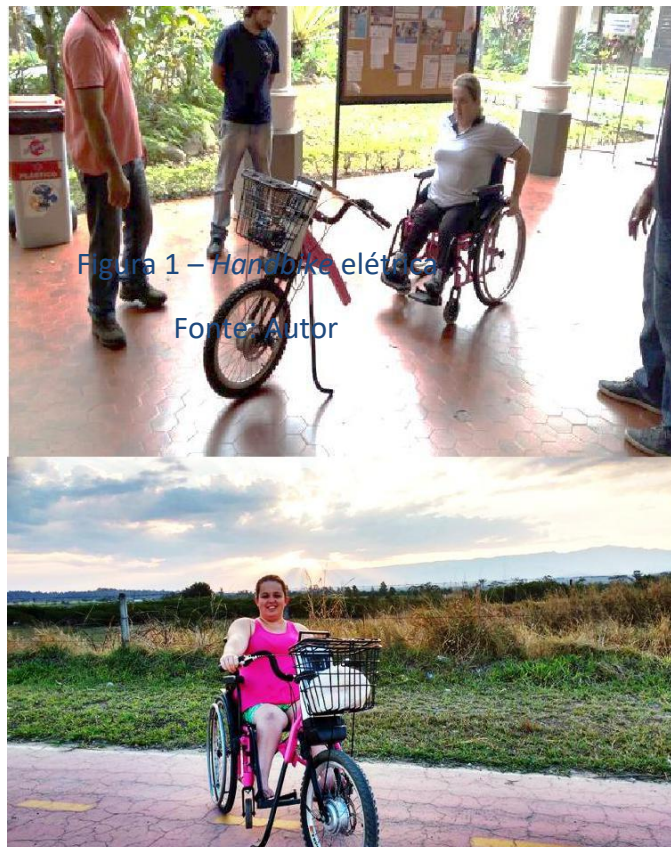
Podem variar de uma simples bengala a um complexo sistema computadorizado. Estão incluídos brinquedos e roupas adaptadas, computadores, softwares e hardwares especiais, que contemplam questões de acessibilidade, dispositivos para adequação da postura sentada, recursos para mobilidade manual e elétrica, equipamentos de comunicação alternativa, chaves e acionadores especiais, aparelhos de escuta assistida, auxílios visuais, materiais protéticos e milhares de outros itens confeccionados ou disponíveis comercialmente (BERSCH, 2013).

**b) Serviços**

São aqueles prestados profissionalmente à pessoa com deficiência visando selecionar, obter ou usar um instrumento de tecnologia assistiva. Como exemplo, podemos citar avaliações, experimentação e treinamento de novos equipamentos (BERSCH, 2103).

No UNISAL, campus São Joaquim já foi desenvolvido por alunos das engenharias um projeto em que uma cadeira de rodas manual foi transformada em uma *handbike* elétrica. Esse equipamento foi doado a uma ex-aluna e

funcionária desta instituição. A figura 1 apresenta fotos do equipamento em questão.



Foram palavras da funcionária contemplada com a doação: “Minha liberdade! Estou muito feliz sou livre agora e agradeço muito a vocês.”

Esse tipo de ajuda é um dos inúmeros casos de pessoas com deficiência que se pode auxiliar e tornar sua vida digna, livre e feliz. E foi por meio de conhecimentos da área das engenharias e uma enorme força de vontade em contribuir e fazer algo para mudar o panorama das pessoas com deficiência, que esses alunos e coordenadora proporcionaram essa nova vida à funcionária. É da mesma forma e com uma variedade enorme de outros equipamentos e produtos que este projeto pretende desenvolver e promover a dignidade, a autonomia e a liberdade a essas pessoas. É notório que a tecnologia assistiva sem o

conhecimento das engenharias não seria possível, assim como a junção destes conhecimentos com a interdisciplinariedade com a medicina, psicologia, educação física, fisioterapia, direito entre outros é imprescindível.

Este projeto no campo das engenharias aponta inúmeras formas de adaptação, invenção e construção de equipamentos, recursos e serviços, por meio do conhecimento e competência dos professores, alunos, técnicos e demais profissionais que integram a equipe. Além das cadeiras *handbikes* elétricas acima citadas, ainda existe, já em andamento a adaptação de carros para transporte de cadeiras de rodas para tetraplégicos e a seguir apresentam-se alguns dos muitos projetos que poderão acontecer, em ligeira descrição:

- O projeto domótica – casa inteligente - visa à automação residencial, que adapta e reformula seus princípios conforme o comportamento do morador (usuário) do sistema ou por meio da sua própria interação, onde serão analisados eventos ocorridos no dia a dia, para que tais não precisem da intervenção do usuário, transformando-os em algo automático, confortável e possível, além da preocupação com soluções alternativas de baixo custo e acessíveis (TONIDANDEL, 2004).
- Projetos de próteses e órteses pode-se avaliar o comportamento de um membro robótico e suas utilidades quando integrada ao ser humano. Um dos objetivos é somar as qualidades do ser humano a uma máquina, para ampliar as possibilidades de recuperação de pessoas que nascem ou perderam partes de seu corpo em algum acidente (BIAGIOTTI et al, 2002).

Estes são alguns dos projetos idealizados pela equipe, que já se encontram em fase de possível desenvolvimento se obtiverem os recursos financeiros necessários.

Outros muitos projetos previstos estão em fase de pesquisa, aquisição de conhecimento e interação da equipe multi/transdisciplinar.

### **Multidisciplinariedade, transdisciplinaridade ou interdisciplinaridade?**

Multidisciplinaridade, transdisciplinaridade ou interdisciplinaridade? Qual delas caracteriza este projeto?

Sabe-se que a multidisciplinaridade ocorre quando há mais de uma área de conhecimento em um determinado projeto ou propósito, mas cada uma mantém seus métodos e teorias em perspectiva. Na **interdisciplinaridade** mais de uma disciplina se une em um projeto comum, com um **planejamento** que as relacione. Essas áreas trocam conhecimentos e enriquecem ainda mais as possibilidades. Como resultado, há um novo saber, menos fragmentado e mais dinâmico. **A transdisciplinaridade é a** integração contínua dos conhecimentos, mantendo uma relação complexa dos **diversos saberes** sendo que nenhum é mais importante que o outro (CARDONA, 2010).

Diante do exposto pode-se dizer que este projeto une as áreas tecnológicas, sociais, humanas e biológicas, e essa relação não é somente multidisciplinar, mas, essencialmente, interdisciplinar e mais ainda, transdisciplinar. Durante todo o processo e desenvolvimento deste projeto os saberes e as experiências necessitam estar em contato contínuo e profundo, sendo que todos os envolvidos na pesquisa se propõem a trocar conhecimentos complementares visando resultados melhores, mais realistas e fieis ao escopo do projeto.

Os pesquisadores comprometidos com todo o processo têm como ideal apoiar e fomentar a evolução e concretização social pretendida, promovendo a autonomia, qualidade de vida e inclusão social das pessoas com deficiência ou qualquer restrição de mobilidade, lhes proporcionando liberdade e a vida digna.

### **Contribuições Científicas ou Tecnológicas da Proposta**

Na área do Direito será relevante o estudo das normas nacionais e internacionais que reconhecem e estabelecem os direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência, emprestando o necessário embasamento jurídico para cada uma das iniciativas propostas durante o trabalho de pesquisa e elaboração das diversas formas instrumentais de inclusão social dos deficientes, que serão desenvolvidas pelos demais participantes. O grande foco, no âmbito jurídico, será a questão dos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas com deficiência, indicando como as iniciativas do projeto poderão se converter em vias de aplicação prática das normas que determinam o tratamento promotor de igualdade material entre as pessoas sãs e as com deficiência. O Direito posto, em cotejo com as iniciativas do projeto, poderá demonstrar como é viável tornar efetiva a promoção da inclusão e da igualdade dos deficientes em nossa realidade.

Na área das engenharias a relevância científica é notável no que se refere ao ganho de prática, conhecimento e grande aprendizagem, além do enorme benefício da interdisciplinaridade para com as demais áreas atreladas ao projeto. Construção de recursos humanos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Ainda tem-se a grande satisfação de poder vivenciar a possibilidade de participar e colaborar para a inclusão social das pessoas com deficiência ou alguma restrição de mobilidade. Poder fazer parte de uma sociedade mais igualitária e livre e ainda conseguir vislumbrar a questão dos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas com deficiência, podendo contribuir para a aplicação prática das normas e a promoção da inclusão e da igualdade dos deficientes em sociedade, acrescenta a uma área da ciência exata seu necessário componente humano e humanitário.

É de grande importância e uma oportunidade excelente de alunos, pesquisadores e colaboradores nacionais e estrangeiros compartilharem seus conhecimentos fazendo com que áreas de saberes tão distintas possam juntas

fazer a diferença para a sociedade e mudar a vida de cidadãos lhes oferecendo uma condição de autonomia e vida digna.

Da mesma forma os profissionais das diversas áreas (fisiatria, educação física, educação etc.) inseridas neste projeto poderão ter grande contribuição científica para seu crescimento como cidadão e profissional. Para a sociedade em geral a criação dos equipamentos, recursos e serviços mencionados anteriormente possibilitará igualdade e condições financeiras para aquisição destes, já que um dos objetivos do projeto é o baixo custo dos produtos.

### **Considerações Finais**

Em se tratando de um projeto com ênfase na melhoria de qualidade de vida e procura por baixo preço nos produtos, processos e serviços que serão criados e/ou adaptados para dar autonomia e vida digna às pessoas com deficiência, com toda certeza o projeto possui enorme potencial de inovação social, tecnológica e científica.

Esse potencial será conseguido por meio da criação, desenvolvimento e confecção dos inúmeros equipamentos, recursos e produtos obtidos com a interação de todos os excelentes profissionais, alunos, técnicos, professores e pesquisadores envolvidos. Além deste tipo de inovação pode-se vislumbrar neste projeto a grande inovação da interdisciplinaridade, multidisciplinaridade e transdisciplinaridade alcançada entre os vários saberes aqui inseridos.

O grupo tem em mente outros projetos com o mesmo intuito deste primeiro, utilizando do conceito da tecnologia assistiva que envolve produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social



Esse conceito de tecnologia assistiva contribui de forma fundamental para o avanço dos Direitos Humanos, de maneira que pessoas com deficiência possam obter autonomia e qualidade de vida transpondo barreiras e obstáculos com a aplicação de normas e recursos de acessibilidade.

### Referências

BERSCH, Rita. INTRODUÇÃO À TECNOLOGIA ASSISTIVA Porto Alegre 2013. Disponível em [http://www.assistiva.com.br/Introducao\\_Tecnologia\\_Assistiva.pdf](http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf) Acesso em 09/01/2017 , acesso em 09/01/2017.

BIAGIOTTI, L., LOTTI, F., MELCHIORRI, C., VASSURA, G. How Far Is the Human Hand? A Review on Anthropomorphic Robotic, DEIS - DIEM, University of Bologna, 40136 Bologna, Italy, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARDONA, Fernando Vilas Boas, Transdisciplinaridade, Interdisciplinaridade e Multidisciplinaridade. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/transdisciplinaridade-interdisciplinaridade-e-multidisciplinaridade/34645/>. Acesso em 10/01/2017.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LIMA, Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho. A inclusão social das pessoas com deficiência como efeito da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: análise no plano normativo. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/edicoes/revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/send/194-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2052-artigo-18-a-inclusao-social-das-pessoas-com-deficiencia-como-efeito-da-efetivacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-analise-no-plano-normativo> , acesso em 10/01/2017.

RIBOLI, Cleci Janete Piovesan, et al. A Pessoa com Deficiência e o Princípio da Dignidade

Humana. 2010. Disponível em

[https://www.unicruz.edu.br/15\\_seminario/seminario\\_2010/CCHC/A%20PESSOA%20COM%20DEFICI%3%8ANCIA%20E%20O%20PRINC%3%8DPIO%20DA%20DIGNIDADE%20HUMANA.pdf](https://www.unicruz.edu.br/15_seminario/seminario_2010/CCHC/A%20PESSOA%20COM%20DEFICI%3%8ANCIA%20E%20O%20PRINC%3%8DPIO%20DA%20DIGNIDADE%20HUMANA.pdf). Acesso em 08/01/2017, acesso em 10/01/2017.

SILVA, Luzia Gomes da. Portadores de deficiência, igualdade e inclusão social. Princípio: a

Dignidade da Pessoa Humana Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11413](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11413) , acesso em 09/01/2017.

TONIDANDEL, F., TAKIUCHI, M., MELO, E. Domótica Inteligente: Automação baseada em comportamento. Congresso Brasileiro de Automática. (2004)

## ANÁLISE CRÍTICA DO PROGRAMA DE COMPLIANCE PREVISTO NA LEI Nº 12.846/2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO)

**EDMILSON MACHADO DE ALMEIDA NETO:** Advogado. Bacharel em Direito pela UnB.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica do Programa de Compliance previsto na Lei nº 12.846/2015, comparando-o com de outros ordenamentos jurídicos.

**Palavras-chaves:** Compliance; Programa de Integridade; Lei nº 12.846/2013; Lei Anticorrupção.

---

### 1. Introdução

O programa de *compliance* (ou também chamado de programa de integridade) está expressamente previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013, como circunstância atenuante da pena de multa. Sua regulamentação encontra-se nos artigos 41 e 42 do recente Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

A incorporação de programas dessa natureza não é uma novidade absoluta no Brasil, pois a própria Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) já previa a adoção de programas de *compliance*; entretanto, em grande parte, limitava-se a exigir somente das instituições financeiras. De forma diferente, a Lei Anticorrupção estimula que qualquer empresa que tenha, de alguma forma, relação com o Poder Público adote mecanismos de integridade.

Por *Compliance* compreende-se o conjunto de práticas e disciplinas adotadas pelas pessoas jurídicas no intuito de alinhar o seu comportamento corporativo à observância das normas legais e das políticas governamentais aplicáveis ao setor de atuação, prevenindo e detectando ilícitos, a partir da criação de estruturas internas e procedimentos de integridade, auditoria e incentivos à comunicação de irregularidades, que forneçam um diagnóstico e elaborem um prognóstico

das condutas e de seus colaboradores, com a aplicação efetiva de códigos de ética no respectivo âmbito interno.<sup>[1]</sup>

O *Compliance* é um dos valores que dá sustentação à governança corporativa e que exige condutas alinhadas a preceitos éticos e a boas práticas empresariais <sup>[2]</sup>. Significa implementar controles internos tendentes a prevenir e reprimir o cometimento de atos ilícitos dentro das próprias empresas.

Assim, por meio da Lei nº 12.846/2013, a Administração Pública incentiva as empresas a instituírem procedimentos internos de controle com o objetivo de se evitar a prática de atos de corrupção por meio de seus diretores, empregados ou qualquer outra pessoa que tenha algum vínculo com a empresa.

Dessa forma, ao determinar que as corporações estabeleçam práticas de *compliance* dentro do ambiente empresarial, o Estado compartilha com os entes privados a responsabilidade pela investigação dos atos de corrupção que porventura ocorram no ambiente corporativo. O Poder Público, diante da sua incapacidade de fiscalizar todos os atos ocorridos dentro das empresas, passa a incentivar que as entidades privadas e seus funcionários o auxiliem nessa tarefa.<sup>[3]</sup>

É importante mencionar que a Lei Anticorrupção não obriga a adoção de um programa de *compliance*; ela apenas o incentiva. Cabe, portanto, a cada empresa analisar quais são os riscos a que estão expostas e assim apurar se há ou não necessidade de adotar um programa de integridade.

Por outro lado, mesmo sem obrigar, a simples estrutura da Lei nº 12.846/2013, a qual prevê responsabilidade objetiva pelos atos de corrupção praticados por qualquer pessoa que tenha ligação com a pessoa jurídica<sup>[4]</sup>, já seria um excelente motivo para que as empresas expostas a riscos criassem programas de *compliance* eficientes. Entretanto, a Lei vai além e garante que aqueles que implementarem um bom programa de integridade terão, caso ele não consiga evitar a prática do ato ilícito, a multa atenuada.

Por fim, vale destacar que o tema *compliance*, por se tratar de uma novidade para muitos setores da economia, tem sido o ponto da Lei que mais movimentou os departamentos jurídicos das empresas nacionais e os escritórios de advocacia que prestam consultorias. Em conferência organizada pela CGU, divulgou-se que 38% das empresas que estão sujeitas a riscos já criaram mecanismos de *compliance* depois da Lei. Isso é fruto do reconhecimento das próprias empresas de que, apesar de não isentar a sua responsabilização, somente com a adoção de um forte e efetivo programa interno de prevenção se poderá reduzir os riscos de exposição às graves sanções previstas na Lei 12.846/2013. Assim, o simples fato de as empresas estarem interessadas em adotar mecanismos eficientes de integridade já demonstra o grande avanço trazido pela Lei no comportamento do setor privado, confirmando que o empresariado não mais enxerga a corrupção como algo vantajoso.

## 2. Análise do Programa de *Compliance* no FCPA e no UKBA

A legislação americana, conhecido como *Foreign Corrupt Practices* (FCPA), foi editada em 1976, quando ainda não se falava em regulação, motivo pelo qual em seu texto legal não há previsão de um programa de *compliance*. Apesar de não existir uma previsão expressa, a adoção de regras de *compliance* tem consequências jurídicas relevantes para a aplicação das sanções nela prevista. Isso porque o sistema acusatório americano tem por característica a discricionariedade da persecução penal; assim, o órgão responsável pela acusação deve sempre sopesar a necessidade e a utilidade de ajuizar uma ação penal no caso concreto, ao contrário do Brasil em que se aplica o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Dessa forma, de acordo com os *Principles of Federal Prosecution of Business*, três dos nove princípios que devem ser levados em consideração na decisão de ajuizar uma ação penal por violação ao FCPA dizem respeito a mecanismos prévios de *compliance* na empresa, sendo eles: a) a cumplicidade ou a condescendência da direção com os atos de corrupção; b) a existência e a efetividade de programa de *compliance* pré-existente; c) as medidas de remediação adotadas pela empresa após a

identificação da prática de corrupção, as quais incluem a adoção ou a melhoria de programa de *compliance*.<sup>[5]</sup>

A inserção de referencia expressa ao *compliance* no *Principles of Federal Prosecution of Business* somente ocorreu no ano de 2006; entretanto, desde essa data ele tem servido de incentivo à implantação de mecanismos de integridades nas empresas americanas.<sup>[6]</sup>

Ainda como incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*, o *U.S Sentencing Guidelines* prevê que a existência de programas de integridade devem ser levados em consideração no momento da aplicação das penalidades, ou na escolha das condições a serem cumpridas para a suspensão da pena ou do processo.

Assim, podemos concluir que, embora a existência de um programa de *compliance* não seja unicamente capaz de garantir que a empresa não será processada ou punida, é certo que a adoção de um efetivo programa de integridade será levada em consideração, tanto na decisão de ajuizar ou não ação penal, quanto no momento da aplicação da pena. Entretanto, caso a empresa consiga comprovar que o ato de corrupção praticado foi absolutamente isolado e contrário às práticas da sociedade, e que houve adoção de medidas efetivas para tentar evitá-las, tais circunstâncias poderão ser levadas em consideração para garantir a imunidade total de responsabilidade da pessoa jurídica.

Já em relação à legislação britânica, o *Bribery Act* (UKBA), há uma importância maior conferida ao programa de *compliance*. Nessa legislação, a mera conduta de “*falhar na prevenção da corrupção*” é enquadrada como um ilícito penal autônomo. Dessa forma, ao colocá-lo na categoria de ilícito penal, o UKBA transfere ao particular todo o ônus de prevenir a prática de atos de corrupção às empresas.

Por outro lado, a legislação britânica reconhece que não é faticamente possível impedir de forma absoluta todo e qualquer ato de corrupção. Assim, a empresa que tiver um estruturado e efetivo programa de *compliance* e demonstrar que, apesar da ocorrência de um ato de corrupção, tratou-se de caso isolado, tal conduta poderá servir como uma excludente de culpabilidade.<sup>[7]</sup>

Seguindo a linha de permitir uma autoregulação empresarial, o UKBA deixa a critério de cada empresa definir quais são as medidas de *compliance* a serem adotadas. Assim, a legislação britânica reconhece que cada empresa possui suas particularidades que irão determinar a rigidez dos programas de integridade a serem adotados. Entretanto, apesar de possuir certa liberdade, as empresas britânicas devem seguir seis princípios que funcionam como um norte na criação do programa de *compliance*, sendo eles: a) *proporcionalidade nos procedimentos a serem seguidos*; b) *compromisso da alta direção da empresa com o fim das práticas de corrupção*; c) *análise e avaliação de risco*; d) *diligências prévias (due diligence)*; e) *comunicação e treinamentos internos*; f) *monitoramento e revisão constante dos riscos e dos procedimentos adotados*.

Por fim, vale mencionar que, assim como ocorre nos Estados Unidos, no Reino Unido também se aplica a regra da discricionariedade na decisão de ajuizar ou não a ação penal. Assim, caso a empresa siga rigorosamente os princípios citados, garantirá que, mesmo ocorrendo algum ato de corrupção, poderá ser exculpada do crime de “*falhar na prevenção à corrupção*” por ter cumprido os requisitos necessários para bom programa de *compliance*.

Fazendo uma comparação com a legislação brasileira, podemos concluir que nosso sistema também deu importância ao programa de *compliance*, mas fez de maneira mais tímida do que a legislação britânica e a americana. Isso porque, diferente do FCPA e do UKBA, a nossa legislação não autoriza que a empresa deixe de ser processada ou responsabilizada por ter um efetivo programa de *compliance*, garantindo apenas que a pena será atenuada.

### 3. Pressupostos para estruturação do Programa de Compliance

Seguindo o caminho da legislação britânica, a nossa Lei Anticorrupção trouxe alguns pressupostos que serão levados em conta para a verificação da eficiência do programa de *compliance*. Tais requisitos

estão previstos no Decreto 8.420/2015 e na Portaria nº 909 instituída pela CGU.

Antes de analisarmos a estrutura desejada para um bom programa de *compliance*, cumpre destacar alguns pilares entendidos pela doutrina como essencial para o seu bom funcionamento.

Primeiramente, as empresas devem se atentar que o programa de *compliance* necessita ser estruturado de acordo com as características e particularidades de cada companhia, ou seja, para cada uma existe uma “receita” diferente. Nesse sentido, o primeiro ponto a ser analisado é qual o risco a que empresa está sujeita. Se a empresa possui pouco contato com o setor público (supermercado, por exemplo), o seu nível de exposição é menor e, como consequência, o programa de *compliance* será menos rigoroso. Por outro lado, se a empresa possui muito contato com o Poder Público, participando ativamente de licitações e contratações com o setor público (ex: construtoras, empreiteiras, empresas que fornecem medicamentos), deverá adotar um mecanismo de *compliance* mais rigoroso e que se adeque aos seus riscos. A companhia, portanto, deve verificar o risco a que está exposta e não sair copiando modelos de outras empresas. Ademais, para que o programa seja bem-sucedido, ele deve se adaptar às especificidades de cada empresa, que envolve: a quantidade de funcionários, a qualificação desses funcionários, a estrutura (mais verticalizada ou horizontalizada), o mercado de atuação, a existência ou não de intermediários, o nível de interação com as autoridades públicas, etc.

Em seguida, para que o programa seja realmente eficiente é necessário o comprometimento do alto escalão da empresa. Necessita-se do apoio inequívoco dos diretores da companhia ao programa, demonstrando, por meio do discurso e de comportamentos, que a empresa é séria e espera isso também de seus funcionários. Esse comprometimento com a Lei e com a boa conduta deve ser passado diariamente aos funcionários, fazendo isso por meio de mensagens, atividades e agendas corporativas. Os dirigentes das empresas devem mostrar que fazer a coisa certa e cumprir com as leis e regulamentos é tão importante, ou mais importante, do que a venda ou a entrega do serviço.



Não adianta apenas falar da importância de um comportamento ético; os diretores devem dar o exemplo e agir de maneira condizente com que é passado para os seus funcionários.<sup>[8]</sup>

O terceiro e último pressuposto é a necessidade de um suporte institucional. Nesse sentido, deve-se garantir liberdade e autonomia para que o departamento responsável pelo *compliance* possa atuar livremente. Não necessariamente o setor de *compliance* deve ser destacado, com um corpo autônomo de profissionais; ele pode estar dentro do departamento jurídico (como ocorre na maioria dos casos), sendo importante apenas que a empresa garanta a legitimidade necessária ao setor para que possa atuar de maneira eficiente e autônoma.

Superando os pressupostos que entendemos ser fundamentais para um efetivo programa de *compliance*, cabe agora analisarmos os requisitos trazidos pelo decreto que serão levados em conta pelo órgão responsável para avaliação do programa. Entre eles, estão:

- a) A existência de canais de denúncia que realmente funcionem. A empresa deve criar a cultura que a denúncia é algo bom e gera consequências positivas para a própria instituição.
- b) A realização de uma análise de risco. A empresa deve analisar os riscos do setor de atuação, além dos riscos de cada negócio em particular. Assim, deve-se ter mais cuidados em transações que apresentam um maior risco, como licitações públicas e doações políticas e filantrópicas. Determinados negócios que apresentam lucros excessivos também devem ser objeto de uma maior fiscalização. Por fim, alguns tipos de parcerias comerciais, como intermediadores e consultorias, apresentam maiores riscos de corrupção e deverão ser levados em conta pela empresa.
- c) A presença de registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica. Assim, os controles internos devem assegurar a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios financeiros da companhia.

- d) A previsão de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade. O programa de *compliance* deve ser visto como algo sério e importante por todos aqueles que trabalham na empresa, portanto, o seu desrespeito deve gerar medidas disciplinares proporcionais às condutas ilícitas dos empregados.
- e) A existência de mecanismos de comunicação e treinamentos internos. A empresa deve deixar claro a todos os seus empregados e associados quais são as práticas permitidas e quais são os procedimentos necessários em todas as transações. Para isso, ganha importância o treinamento periódico de seus funcionários.
- f) A realização de diligências prévias (*due dilligence*) para se saber o histórico e os procedimentos adotados pelos parceiros comerciais, além de lhe impor cláusulas contratuais proibitivas de atos de corrupção. Também torna-se necessário a prática de diligências quando envolver fusões, aquisições e reestruturações societárias.
- g) A realização de monitoramentos e revisões constantes dos riscos a que a empresa está exposta, além de verificar se os procedimentos já implantados são adequados e suficientes para a prevenção da corrupção, fazendo as devidas adaptações sempre que necessário.

Ainda de acordo com o decreto, o artigo 42, §3 estipula que “*na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos*”. Tal previsão está em perfeita sintonia com o artigo 170, IX, da Constituição Federal, o qual prevê, como princípio constitucional econômico, o tratamento mais favorecido para as empresas de pequeno porte.

#### 4. Conclusão

Apesar de o programa de *compliance* ser reconhecido pela grande maioria como um grande instrumento de cooperação do setor público com o setor privado no combate à corrupção, alguns especialistas criticam pontos desse instituto.

Inicialmente, Luciano Feldens, ao comentar brevemente sobre os impactos da Lei Anticorrupção, afirma, com certa preocupação, que, ao premiar as pessoas jurídicas que auxiliam as autoridades públicas a identificarem os agentes envolvidos nos atos de corrupção e a obterem informações que comprovem a perpetração das atividades ilícitas, o legislador inaugurou uma “era da privatização da investigação”.<sup>[9]</sup>

Rodrigo Oliveira vai além: ao analisar a “privatização da investigação”, nos lembra que esse procedimento de apuração no seio da empresa pode ser um grande violador de direitos fundamentais. Para ele, as investigações conduzidas no âmbito empresarial usualmente são tratadas como auditorias internas, sem maiores compromissos com os direitos constitucionais conferidos aos acusados em geral, como a reserva legal, a garantia de jurisdição ou até mesmo a própria existência de um devido processo, em que são assegurados ampla defesa e contraditório. Desse modo, assegurar a forma dessa apuração, segundo o autor, passa a ser essencial para que possamos conferir legitimidade ao programa de *compliance*. Nesse sentido, conclui o professor que:

“Programas de *Compliance* devem se preocupar com a formulação de um modelo de procedimento ideal de investigação para apuração dos atos de corrupção previstos na Lei 12.846/2013, configurem ou não ilícitos penais, sempre com foco na obediência da principiologia constitucional. Em havendo previsão legal de aplicação de sanção pública em caso de violação dos deveres anticorrupção, seja ela de qualquer espécie, é essencial que se assegurem direitos fundamentais àqueles colocados na condição de investigado.” <sup>[10]</sup>

Outros doutrinadores e especialistas alertam que o programa de *compliance* poderá servir de pretexto para legitimar uma verdadeira “caça às bruxas”, autorizando as empresas, de modo indiscriminado, a acessarem e-mails, conversas e gavetas de seus funcionários em busca de provas.

Há também especialistas que criticam, espelhando-se nas legislações estrangeiras, o fato de a lei Anticorrupção não garantir a isenção total da multa para as empresas que adotarem um programa de *compliance* efetivo e estruturado. Assim, para eles, as empresas que demonstrarem que, apesar da ocorrência de um ato de corrupção, tratou-se de caso isolado, tal conduta deveria ser considerada para excluir a própria multa e não apenas atenuá-la.

Nesse contexto, entendemos que as críticas lançadas contra o programa de *compliance* merecem ser levadas em consideração para futuras regulamentações que venham delimitar a matéria. Por outro lado, não acreditamos que tais críticas sejam suficientes para deslegitimar esse importante instrumento de prevenção da corrupção. Nesse sentido, a professora Mariana Pimentel assevera que a Lei Anticorrupção está seguindo a tendência mundial de fortalecimento da teoria da governança em rede, a qual se baseia na gradativa substituição dos sistemas políticos unitários, centralizadores e hierarquicamente organizados por sistemas mais horizontais, marcados pela interação contínua entre agentes do Estado e os mais diversos atores sociais e econômicos.<sup>[11]</sup>

Portanto, entendemos que uma sociedade que tem a pretensão de acabar com a corrupção deve passar pelo indeclinável caminho da cooperação entre o setor público e o setor privado. Somente com a união e com o compartilhamento de esforços desses dois setores acreditamos ser possível dismantelar esquemas de troca de influências e obtenção de vantagens que vêm sendo perpetuado por anos em nossa sociedade. É nesse contexto que enxergamos a essencialidade do programa de *compliance*.

#### Bibliografia

CAMARGO, Rodrigo Oliveira. Compliance Empresarial e Investigação Preliminar. In: Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

FELDENS, Luciano. Lei nº 12.846/2013: lei de improbidade empresarial. Revista Síntese de Direito Administrativo. São Paulo, ano VIII, n.93, p.9/10. set. 2013.

MAEDA, B. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: Del Debbio, A., Carneiro Maeda, B. e da Silva Ayres, C. (coord.), Temas de Anticorrupção & Compliances. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

#### NOTAS:

[1] PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.897

[2] CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente. in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de Anticorrupção e *Compliance*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013, p. 150.

[3] CAMARGO, Rodrigo Oliveira. *Compliance* Empresarial e Investigação Preliminar. In: Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

[4] Nesse sentido, o artigo 2º da Lei 12.846/13 prevê que: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Dessa forma, o ato deve ser praticado no interesse ou benefício da empresa, porém a ação pode ser

praticada por qualquer pessoa associada à empresa. Essa previsão amplia significativamente o leque de condutas pelas quais a empresa está responsabilizada, o que justifica ainda mais a necessidade de adoção de um programa eficiente de *compliance*. Um exemplo é de uma construtora A, que pretende ingressar no mercado de determinado país e contrata a empresa B de consultoria local para tratar dos procedimentos burocráticos. Nesse hipótese, a empresa B, utilizando-se de seus próprios recursos e sem o consentimento da empresa A, realiza um ato de corrupção para conseguir determinada licença. Neste exemplo, a empresa A será responsabilizada pela prática do ato da empresa B, pois foi prestado um serviço por ela contratada e em seu benefício. Aqui percebemos a grande necessidade de um programa de *compliance*, que, caso existisse, realizaria diligências prévias (*due dilligence*) em relação a empresa B antes da efetuar a sua contratação, fazendo isso por meio de uma análise dos históricos e dos procedimentos adotados pelo parceiro comercial, além de lhe impor cláusulas contratuais proibitivas de atos de corrupção.

[5] CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.52

[6] MAEDA, B. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: Del Debbio, A., Carneiro Maeda, B. e da Silva Ayres, C. (coord.), Temas de Anticorrupção & Compliances. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.172

[7] CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm. Pg.53

[8] O alto escalão da empresa deve se conscientizar que agir de maneira correta e exigir isso dos seus funcionários vai além de uma questão ética, envolve uma lógica financeiro por detrás. Com a atual Lei Anticorrupção trazendo severas penas e de fácil aplicação, passa a ser economicamente desvantajoso pra empresa agir de maneira corrupta.

[9] FELDENS, Luciano. Lei nº 12.846/2013: lei de improbidade empresarial. Revista Síntese de Direito Administrativo. São Paulo, ano VIII, n.93, p.9/10. set. 2013.

[10] CAMARGO, Rodrigo Oliveira. *Compliance* Empresarial e Investigação Preliminar. In: Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

[11] PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. Lei Anticorrupção estimula Redes de Governança. Revista Síntese de Direito Administrativo. São Paulo, ano VIII, n.93, p.11/13. set. 2013.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE MÉTODOS DE PESQUISA

### **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 partir de algumas leituras sobre métodos de pesquisa apresentam-se neste artigo algumas definições com o intuito de incitar a pesquisa de qualidade no meio acadêmico e profissional. Apresentam-se aspectos teóricos e conceituais sobre pesquisa científica e seus tipos. Ademais, maior aprofundamento sobre pesquisa empírica e seus desafios também é tratado no presente manuscrito, por meio da análise de dois livros específicos.

**Palavras-chave:** Metodologia de Pesquisa. Conhecimento. Pesquisa Empírica. Inferência.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. - 2. Método Científico – 3. Tipos de Pesquisa - 4. Pesquisa Empírica - 5. Conclusão - Referências

---

### **1. Introdução**

Após estudo e leitura precipuamente de dois livros digitais a respeito de metodologia científica extraiu-se o interesse em expor detalhamentos sobre o tema com intuito de difundir seu uso e também esclarecer como evitar a realização de um defeituoso estudo empírico jurídico. Um dos livros faz parte de uma série de educação à distância, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sobre métodos de pesquisa<sup>[1]</sup> e o outro remete a sobre a pesquisa empírica em direito<sup>[2]</sup>.

A obra digital sobre os métodos de pesquisa possui o intuito de estimular o estudo da disciplina ao traçar seus objetivos gerais que são o fornecimento de instrumento teórico e metodológico para o alcance da compreensão e explicação do que é ciência e metodologia da pesquisa científica, para estabelecer relações, diferenças e similitudes entre o conhecimento científico e outras modalidades de conhecimento e principalmente para conhecer métodos e processos aplicáveis à pesquisa em suas diversas etapas.

Em relação a obra “Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência”, em sua edição brasileira, pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Fábio Morosini, encontra-se dividida em prefácio, introdução e nove capítulos, quais sejam, I – A extensão dos problemas metodológicos na pesquisa empírica; II – Características comuns da pesquisa jurídica; III – Elaboração de uma pesquisa empírica; IV – A pergunta de pesquisa; V – Teorias e suas implicações observáveis; VI – Controle de hipóteses rivais; VII – Medição e Estimativa; VIII – Seleção de observações; IX – Sugestões conclusivas.

No Capítulo I, faz-se curta descrição da pesquisa sobre problemas metodológicos encontrados pelos autores nos periódicos jurídicos americanos. Nos Capítulos II a VIII, os autores dedicam-se a explicar as regras de inferência e sua aplicação na pesquisa jurídica. No último Capítulo, os autores concluem apresentando uma série de sugestões para a criação de “infraestrutura séria para a pesquisa jurídica”.

A obra digital das organizadoras Tatiana Engel Gerhardt e Denise Tolfo Silveira (GERHARDT; SILVEIRA, 2009) é dividida em capítulos, elaborado por diferentes pesquisadores. Trata inicialmente de alguns pontos que serão explicitados a seguir, com intuito introdutório ao tema.

O senso comum surge da necessidade de resolver problemas imediatos, surgindo espontaneamente, que apesar de estar permeado por opiniões e valores, não são um conhecimento sofisticado, sendo exemplo a cultura popular.



Já o conhecimento científico é *produzido pela investigação científica, através de métodos, aprimorando o conhecimento do senso comum*, passível de aprovação e comprovação. Apresenta um caráter provisório, pois pode ser sempre testado e reformulado. Em relação à ciência esta é denominada como *forma particular de conhecer o mundo*.

A construção do conhecimento depende da manifestação da consciência do conhecer, da forma de solução dos problemas, sendo dinâmico, havendo como pressuposto a relação entre o sujeito e o objeto de conhecimento. Os principais pontos da busca do conhecimento, da forma de conhecer e se colocar no mundo, são empíricos, filosófico, científico e teológico.

O conhecimento empírico é o que adquirimos no cotidiano, *por meio de nossas experiências, construído por meio de tentativas e erros num agrupamento de ideias. É caracterizado pelo senso comum, pela forma espontânea e direta de entendermos*.

Cita Tartuce (2006) que sobre o conhecimento empírico explica:

Fundamentado apenas na experiência, doutrina ou atitude, que admite quanto à origem do conhecimento de que este provenha apenas da experiência. Dentre suas características destacamos:

- Conjunto de opiniões geralmente aceitas em épocas determinadas, e que as opiniões contrárias aparecem como aberrações individuais;
- É valorativo por excelência, pois se fundamenta numa operação operada com base em estados de ânimo e emoções.
- É também reflexivo.
- É verificável.
- É falível e inexato.

O principal mérito do método empírico é o de assinalar com rigor a importância da experiência na origem dos nossos conhecimentos.

O conhecimento filosófico é fruto do raciocínio e da reflexão humana, sendo especulativo sobre fenômenos, gerando conceitos subjetivos. Indica grandes expoentes da Filosofia e é conhecimento que *busca dar sentido aos fenômenos gerais do universo, ultrapassando os limites formais da ciência.*

O conhecimento teológico é aquele revelado pela fé divina ou crença religiosa. Já o conhecimento científico surge a partir da *determinação de um objeto específico de investigação e da explicação de um método para essa investigação.*

Entende-se que metodologia científica trata de método, que é o caminho em direção a um objetivo e ciência. A metodologia estuda o método, o conjunto de regras e procedimentos estabelecidos para realizar uma pesquisa. O conceito básico desenvolvido pelo autor assim esclarece:

Metodologia científica é o estudo sistemático e lógico dos métodos empregados nas ciências, seus fundamentos, sua validade e sua relação com as teorias científicas. Em geral, o método científico compreende basicamente um conjunto de dados iniciais e um sistema de operações ordenadas adequado para a formulação de conclusões, de acordo com certos objetivos predeterminados.

## **2. Método Científico**

Considerado como forma mais segura inventada pelos homens, o método científico serve para controlar o movimento das coisas que cerceiam um fato e montar formas de compreensão adequada dos fenômenos.

O método dedutivo foi apresentado por René Descartes (1596-1650) em relação à matemática e de suas regras de evidência, análise, síntese e enumeração. Parte de proposições, premissas gerais para se chegar a uma particularização, a uma terceira conclusão.

O método indutivo, para Francis Bacon (1561-1626), considera as *circunstâncias e a frequência com que ocorre determinado fenômeno, os casos em que os fenômenos não se verifica, os casos em que o fenômeno*

*apresenta intensidade diferente.* Parte de uma observação, em que se formula uma hipótese explicativa da causa do fenômeno.

Em relação ao método hipotético-dedutivo temos que foi definido por Karl Popper, a partir de suas críticas ao método indutivo. Parte dos problemas, quando não se consegue explicar um fenômeno, e para explica-lo são formuladas hipóteses, que podem ser testadas ou falseadas, procurando evidências empíricas que possam derrubá-las. Se não se conseguir derrubar a hipótese há a sua confirmação, tem-se a sua corroboração. Porém a qualquer momento pode ser novamente testada e pode surgir um fato que a invalide.

### **3. Tipos de Pesquisa**

As pesquisas são divididas quanto a abordagem, podendo ser teórica, empírica, metodológica ou prática; sua natureza, básica ou pura ou aplicada; seus objetivos, que podem ser descritivos, exploratórios ou explicativo e procedimentos, os quais se explana a seguir.

Em relação à abordagem a pesquisa pode ser qualitativa ou quantitativa. Se a questão é tratar com aprofundamento a compreensão de um grupo social, de uma organização, sem preocupação numérica, a pesquisa é qualitativa. Neste caso podem surgir metodologias próprias para o estudo específico da vida social. Há uma busca com a explicação do porquê das coisas.

A pesquisa qualitativa possui como características:

Objetivação do fenômeno; hierarquização das ações de descrever, compreender, explicar, precisão das relações entre o global e o local em determinado fenômeno; observância das diferenças entre o mundo social e o mundo natural; respeito ao caráter interativo entre os objetivos buscados pelos investigadores, suas orientações teóricas e seus dados empíricos; busca de resultados os mais fidedignos possíveis; oposição ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências.

A pesquisa qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não pode ser quantificados, buscando a compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Possui o objetivo de produzir informações profundas e ilustrativas, em um campo que o conhecimento do pesquisador é limitado e parcial, trabalhando com significados, motivos, aspirações, atitudes e valores. Há a análise do conteúdo e do discurso.

De forma diferente a pesquisa quantitativa possui como objetivo analisar e sintetizar as informações, permitindo realizar inferências sobre os grupos avaliados.

Fonseca (2002) esclarece que a pesquisa quantitativa se centra na objetividade e:

Influenciada pelo positivismo, considera que a realidade só pode ser compreendida com base na análise de dados brutos, recolhidos com o auxílio de instrumentos padronizados e neutros. A pesquisa quantitativa recorre à linguagem matemática para descrever as causas de um fenômeno, as relações entre variáveis, etc. A utilização conjunta da pesquisa qualitativa e quantitativa permite recolher mais informações do que se poderia conseguir isoladamente.

Em uma pesquisa quantitativa há menor enfoque na interpretação do objeto, da importância do contexto do objeto pesquisado, menor proximidade do pesquisador em relação aos fenômenos estudados, havendo instantâneo alcance do estudo no tempo, com menor quantidade de fontes de dados, com quadro teórico e de hipótese definidas rigorosamente e ponto de vista do pesquisador externo à organização, em comparação e distinção a pesquisa qualitativa.

Escolher um desses dois métodos, em relação a sua abordagem merece cuidados, ante suas divergências, mas pode ser enriquecedor quando os resultados dos distintos métodos convergem.

A pesquisa também pode ser dividida em relação a sua natureza: básica, quando gera conhecimentos novos, sem aplicação prática prevista, úteis para o avanço da ciência ou aplicada quando objetiva gerar

*conhecimento para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos. Envolve verdades e interesses locais.*

Em relação aos objetivos é possível classificar a pesquisa em exploratória, descritiva e explicativa. A pesquisa exploratória proporciona maior facilidade com o problema, para explicitá-lo ou a construir hipóteses. Geralmente são classificados em pesquisa bibliográfica e estudo de caso.

A pesquisa descritiva descreve os fatos e fenômenos de determinada realidade e exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar. Podem ser estudos de casos, análise documental, pesquisa *ex-post-facto*.

Já a pesquisa explicativa identifica os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência de fenômenos, explicando o porquê das coisas através dos resultados oferecidos. Podem ser classificadas como experimentais e *ex-post-facto*.

Em relação aos procedimentos a pesquisa científica pode ser:

- experimental, a qual segue um planejamento rigoroso, com instrumentos para coleta de dados submetidos a teste, havendo dois grupos homogêneos denominados de experimental e de controle ou com realizado em um único grupo, definido previamente em função de suas características e geralmente induzido;

- bibliográfica feita a partir de levantamento de referências bibliográficas de material já elaborado cientificamente;

- documental que é realizada por levantamento de material sem tratamento analítico como tabelas estatísticas, jornais, revistas, cartas, vídeos etc;

- pesquisa de campo em que caracteriza-se pelas investigações com coleta de dados junto a pessoas, por meio de diferentes recursos;

- pesquisa ex-post-facto que tem por objetivo investigar possíveis relações de causa e efeito entre um determinado fato identificado pelo pesquisador e um fenômeno que ocorre posteriormente.

- pesquisa de levantamento é muito utilizado em estudos exploratórios e descritivos e pode ocorrer com o levantamento de uma amostra ou de uma população, como o censo. Os estudos descritivos como os de opinião e atitudes adequam-se mais aos levantamentos.

- pesquisa com survey que busca informação diretamente com um grupo de interesse a respeito dos dados que se deseja obter, sendo que o respondente não é identificável, havendo sigilo, sendo exemplos as pesquisas de opinião;

- estudo de caso que é amplamente usada nas ciências biomédicas e sociais que focaliza um evento, um programa, uma instituição, um pequeno grupo ou um indivíduo;

- pesquisa participante envolve e identifica o pesquisador com as pessoas investigadas;

- pesquisa-ação é um tipo de investigação social com base empírica que é concebida e realizada em estreita associação com uma ação ou com a resolução de um problema coletivo no qual os pesquisadores e os participantes representativos da situação ou do problema estão envolvidos de modo cooperativo ou participativo;

- pesquisa etnográfica pode ser entendida como o estudo de um grupo ou povo, podendo ser realizada sobre os processos educativos, havendo interação entre o pesquisador e o objeto pesquisado;

- pesquisa etnometodológica que a partir da observação direta, participante, com entrevistas se realiza com sujeitos na vida cotidiana.

#### 4. Pesquisa Empírica

O segundo livro a ser comentado foi elaborado pelos autores a partir da constatação de que o estado atual do estudo empírico jurídico é

*profundamente defeituoso e que esses estudos têm potencial para influenciar políticas públicas.*

Nesse sentido, buscaram adaptar as regras de pesquisa, explicá-las e elucidá-las ao universo da pesquisa jurídica, tanto qualitativa quanto quantitativa, bem assim defender sua utilização nos estudos jurídicos empíricos futuros, de forma a tornar possível, por meio da correta utilização de instrumental aceito pela comunidade científica, construir conhecimento científico dotado de confiabilidade e, por conseguinte, passível de ser reproduzido sem a intervenção do pesquisador original.

Os estudos das áreas das ciências sociais, naturais e jurídicas possuem como característica comum: uma preocupação, mesmo que implícita, com *empirismo... e inferência*.

Por *empirismo*, entende-se a aquisição de conhecimento baseada em observação ou experiência, por meio de evidências (*dados*), que tanto podem ocorrer de forma **quantitativa**, isto é, numérica, quanto **qualitativa**, não numérica, desde que a pesquisa abarque a utilização de *dados que são observados ou desejados, ela é empírica*, sendo confiável essa pesquisa se observadas as regras de inferência, de forma a *usar fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que não conhecemos*.

Em relação a extensão dos problemas metodológicos na pesquisa empírica temos que os autores revelam ter encontrado graves problemas de inferência e metodologia em todo o material de pesquisa jurídica utilizado por eles, material este resultado da seleção de 231 artigos publicados em periódicos de direito dos Estados Unidos da América entre os anos de 1990 e 2000, contendo a palavra *empírica* em seus títulos e reputado pelos autores como *uma amostra representativa*.

Nas pesquisas empíricas de qualidade, há duas qualidades comuns: a existência de um ou mais objetivos específicos a serem alcançados pelo(s) pesquisador(es) e os passos (as regras) a serem observados pelo pesquisador para se alcança-los com um certo grau de confiabilidade.

Toda pesquisa jurídica de qualidade almeja atingir ao menos um dentre os três seguintes fins: [a] “*coletar dados* para o uso do pesquisador ou de outros; [b] *resumir dados* para que sejam facilmente compreendidos;

e [c] *fazer inferências descritivas ou causais*” (p. 23), o que abarca usar os dados observados para aprender sobre os dados se quer levantar.

No tocante à **coleta de dados**, é importante a observância das seguintes regras básicas: *o processo através do qual os dados venham a ser observados deve ser integralmente registrado; quanto mais dados, melhor.*

No pertinente ao **resumo dos dados**, eles se tornam extremamente importantes quando uma das respostas às perguntas de pesquisa deve ser descritiva, ou seja, *um resumo direto dos dados relevantes*, mas não se consegue responder apenas com a informação descritiva, pois que a quantidade de dados *estão além da compreensão direta da maioria dos seres humanos.*

Os resumos possuem diversos formatos; quando em dados numéricos, esse resumo é obtido normalmente pela utilização do ferramental fornecido pela estatística ou pela ciência de dados. É de se ter em conta a grave advertência dos autores de que qualquer que seja a forma como os acadêmicos escolham apresentar seus resumos.

Nas pesquisas empíricas de qualidade, há duas qualidades comuns: a existência de um ou mais objetivos específicos a serem alcançados pelo(s) pesquisador(es) e os passos (as regras) a serem observados pelo pesquisador para se alcança-los com um certo grau de confiabilidade.

Toda pesquisa jurídica de qualidade almeja atingir ao menos um dentre os três seguintes fins: [a] *coletar dados* para o uso do pesquisador ou de outros; [b] *resumir dados* para que sejam facilmente compreendidos; e [c] *fazer inferências descritivas ou causais*” (p. 23), o que abarca usar os dados observados para aprender sobre os dados se quer levantar.

No tocante à **coleta de dados**, é importante a observância das seguintes regras básicas: [1] *o processo através do qual os dados venham a ser observados deve ser integralmente registrado;* [2] *quanto mais dados, melhor.*

No pertinente ao **resumo dos dados**, eles se tornam extremamente importantes quando uma das respostas às perguntas de pesquisa deve ser descritiva – *“um resumo direto dos dados relevantes*, mas não se consegue responder apenas com a informação descritiva,



pois que a quantidade de dados *estão além da compreensão direta da maioria dos seres humanos.*

O primeiro passo crítico para traçar uma **inferência descritiva** é a identificação do alvo da inferência. Além disso, o pesquisador deve revelar todo o processo de gênese dos dados, *do momento em que o mundo gerou o fenômeno de interesse até o momento em que os dados estavam em sua posse e foram considerados definitivos*, para que o leitor possa *medir a qualidade das inferências.*

De forma semelhante com as inferências causais, ou seja, as inferência que permitem indicar se a presença ou ausência de um fator ou conjunto de fatores denominado de variável causal principal e que pode assumir diferentes valores leva a ou causa resultado específico variável dependente.

A inferência causal também está relacionada ao uso de fatos conhecidos para aprender sobre fatos desconhecidos. Na verdade, *uma inferência causal é a diferença entre duas inferências descritivas*, o valor médio que a variável dependente assume quando um ‘tratamento’ é aplicado, e o valor médio que a *variável dependente assume quando um ‘controle’ é aplicado*, essa diferença é o *efeito causal.*

*Saber os valores da variável dependente quando a principal variável causal indica tratamento e quando ela indica controle requer duas inferências, pois nenhuma das quantidades pode ser diretamente observável geralmente.* Isso é conhecido como o *problema fundamental da inferência causal*, pois, não importa a perfeição da pesquisa, nunca será possível fazer inferências causais com certeza. No máximo, uma das inferências descritivas será baseada em informação ‘factual’, e no mínimo uma demandará inferência ‘contrafactual’, apesar da impossibilidade de eliminação do grau de incerteza, esse grau de incerteza deve ser comunicado aos leitores.

As **diretrizes** que todas as pesquisas empíricas, numérica ou não numérica (p. 51), deveriam observar são:

1) **Replicabilidade da pesquisa**, ou seja, porque *o ônus da prova na pesquisa empírica está sempre com o pesquisador (que fez a pesquisa)*, “outro pesquisador deve conseguir entender, avaliar, basear-se em, e reproduzir a pesquisa, sem que o autor lhe forneça qualquer informação adicional”. O padrão de replicação mantém o inquérito empírico

acima do nível dos ataques *ad hominem* à aceitação incondicional dos argumentos de autoridade.

2) **A pesquisa é um empreendimento social**, pois o *avanço do conhecimento depende de uma comunidade ativa de acadêmicos trabalhando juntos cooperativa e competitivamente.*

3) **Todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa é incerto**, pois *uma premissa básica de toda a pesquisa empírica – e de fato de qualquer teoria séria de inferência, é a de que todas as conclusões possuem um grau de incerteza. Afinal, os fatos que conhecemos relacionam-se aos fatos que não conhecemos, mas gostaríamos de conhecer, somente por suposições que jamais poderemos verificar completamente, vide o problema fundamental da inferência causal.*

Para evitar que a teoria perca sua força, os pesquisadores devem submetê-la a um teste de *stress*, pensando *exaustivamente e imaginativamente sobre explicações que não fecham com a teoria que estão oferecendo*, de forma a tentar *garantir a ausência do viés da variável omitida.*

Todavia, evitar esse viés não significa que o pesquisador deva *incorporar variáveis representando cada alternativa de explicação concebível*, mas *somente se a variável rival preencher todos os seguintes quesitos:*

- (1) Ela é relacionada à (ou correlacionada a) variável causal chave;
- (2) Produz um efeito sobre a variável dependente;
- (3) É uma causa antecedente à (em outras palavras, precedendo temporariamente) variável causal chave

A seleção é uma ponte crucial entre medição e estimação. Dentre as regras aptas e essenciais ao alcance de inferências válidas, os autores analisam quatro (04):

(1) identificar a população de interesse, pois *o pesquisador pode atingir um objetivo mais facilmente se este objetivo está claramente identificado;*

(2) coletar o máximo de dados possível, porquanto, *uma vez que a maior tarefa confrontada por um pesquisador empírico é a realização de inferências;*

(3) registrar o processo pelo qual os dados foram observados, já que *“inferências válidas requerem informações sobre o processo de geração de dados”* (com destaque original); e

(4) coletar dados de uma maneira que evite o viés da seleção, seja por meio da colheita de *uma amostra de probabilidade aleatória, uma amostra em que cada elemento na população total tem uma conhecida (e preferencialmente a mesma) probabilidade de ser selecionado*, seja essa probabilidade por meio de *amostragem igual*, em que *todas as observações sobre a população possuem uma mesma chance de serem incluídas no estudo*, seja por meio da utilização da técnica da *amostragem aleatória estratificada*, em que se busca *extrair diferentes amostras aleatórias de igual probabilidade de seleção dentro de cada categoria de outra variável*, lembrando-se que a *seleção aleatória é o único mecanismo de seleção, em estudos de grandes números, que automaticamente garante a ausência de viés de seleção*.

Entretanto, porque *a seleção aleatória não ajuda a evitar um viés de seleção com uma quantidade de amostras (n) muito pequena*, necessário que se formule *um método de seleção de modo que a regra de seleção não esteja relacionada à variável dependente*.

Após estudo e leitura precipuamente de dois livros digitais a respeito de metodologia científica extraiu-se o interesse em expor detalhamentos sobre o tema com intuito de difundir seu uso e também esclarecer como evitar a realização de um defeituoso estudo empírico jurídico.

Os autores da obra acadêmica de Epstein e King (2013) apresentam uma série de sugestões para possibilitar um desenvolvimento, uma infraestrutura para sustentar a pesquisa empírica na comunidade jurídica ou nas faculdades de direito.

A partir da noção de que as regras são importantes para a construção de uma pesquisa empírica mais sustentável, sendo as primeiras voltadas aos estudantes de faculdade de direito, para a própria faculdade de direito e aos juízes e advogados. Dois problemas de interesse de toda a comunidade constituem o segundo grupo, formado por periódicos jurídicos e arquivamento de dados e documentação.

Entende que a implementação das seguintes cinco recomendações melhoraria as análises empíricas do direito. A primeira delas consiste no *oferecimento de cursos em pesquisa empírica para estudantes de faculdades de direito*.

Esse ponto satisfaria tanto a necessidade dos próprios alunos quanto das faculdades de direitos, pois treinar os estudantes nos padrões e normas da pesquisa empírica habilitaria os estudantes a um crescente mercado, que cada vez mais almeja análise de dados.

Consideram também importante para a concretização do aumento das oportunidades para a realização de pesquisa empírica de alta qualidade pelos docentes – e então disseminá-la rapidamente; com o intuito de incentivar empregadores a contratar estudantes com prática empírica; com o intuito de mudar para um modelo alternativo de administração de periódicos acadêmicos; e para desenvolver padrões para o arquivamento de dados.

## **5. Conclusão**

O uso da metodologia científica nada mais é do que uma roupagem aos estudos e trabalhos que devem ser feitos, utilizando-se técnicas para uniformizar, padronizar seu uso. E nesse ponto é que mora a sua importância, pois havendo padrão em relação à forma os textos e pesquisas a serem desenvolvidos tornam-se mais harmônicos e o mundo científico agradece.

Difícil encontrar certezas no campo de metodologia científica, pois há diferentes classificações para semelhantes assuntos, a depender do tratamento desenvolvido por cada autor, estudioso do tema. Por este motivo, buscou-se direcionar este manuscrito em dois livros para evitar essa possível difusão de ideias.

Harmonia não é e nunca foi algo fácil de ser alcançado, em qualquer área da vida, quem dirá no desenvolvimento do campo ideias, do conhecimento científico. Por este motivo torna-se necessário o incentivo da utilização de regras, padrões a serem seguidos, única e exclusivamente para dar uma marca de boa roupagem, nada mais e essencialmente importante do que isso.

## Referências

ESPTAIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa Empírica em Direito* [livro eletrônico]. São Paulo: Direito GV, 2013.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo [organização]. *Métodos de Pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

TARTUCE, T.J.A. *Métodos de pesquisa*. Fortaleza: UNICE – Ensino Superior, 2006. Apostila.

NOTAS:

[1] GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo [organização]. *Métodos de Pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

[2] ESPTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa Empírica em Direito* [livro eletrônico]. São Paulo: Direito GV, 2013.

## O INSTITUTO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA E SEUS CONTORNOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

**JÚLIA GOMES DE AZEVEDO:** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e pós-graduada em Advocacia Tributária pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM).

**RESUMO:** A denúncia espontânea está prevista no art. 138 do CTN e tem como escopo afastar a responsabilidade por infrações do sujeito passivo. Trata-se, portanto, de um benefício legal concedido ao agente infrator. Nesse contexto, para que a denúncia espontânea seja eficaz, é necessário que o agente comunique ao Fisco o cometimento do ilícito e efetue o pagamento integral da obrigação tributária principal (valor do tributo acrescido de correção monetária e juros de mora) tempestivamente, ou seja, antes de qualquer procedimento administrativo para apuração da infração. Nota-se que esse instituto tributário afasta a incidência da multa, tanto a punitiva, como a administrativa. No entanto, não é em todo e qualquer caso que pode ser aplicada a denúncia espontânea. A jurisprudência dominante do STJ tem afastado a sua incidência nos casos de descumprimento de obrigações acessórias, de parcelamento e, por fim, de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando declarados e não pagos tempestivamente.

**Palavras - Chave:** Denúncia; Espontânea; Pagamento; Multa.

**SUMÁRIO:** RESUMO. 1INTRODUÇÃO 2 DESENVOLVIMENTO 2.1 Responsabilidade por infrações . 2.2 Aplicabilidade da denúncia espontânea 2.3 Inaplicabilidade da denúncia espontânea. 2.3.1 Obrigações Acessórias 2.3.2 Parcelamento . 2.3.2 Lançamento por Homologação 3 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### 1 INTRODUÇÃO

O instituto da denúncia espontânea, consolidado no capítulo do Código Tributário Nacional que trata da responsabilidade tributária, mais

especificamente seu art. 138, tem o condão de afastar a responsabilidade por infrações do sujeito passivo. Representa, por assim dizer, uma chance oferecida ao agente de se regularizar novamente perante o Fisco, desde que cumpridos alguns pressupostos previstos no dispositivo já mencionado.

Muito embora sejam afetos a matérias jurídicas diversas, o instituto da denúncia espontânea nos remonta ao instituto previsto no art. 15 do Código Penal<sup>[1]</sup>, a desistência voluntária. Ambos consistem, portanto, em um favor legal que estimula a adoção de determinada atitude pelo interessado, cuja repercussão elidirá o prejuízo que seria causado ao interesse público.

Uma vez pontuada a importância da denúncia espontânea, é relevante um estudo aprofundado do tema, a fim de detalhar seus aspectos substanciais. Assim, através desse artigo, busca-se analisar as principais características do referido procedimento administrativo, e, a partir da construção desse panorama, delinear seus contornos na seara doutrinária e na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Responsabilidade por infrações**

O art. 136 do Código Tributário Nacional inaugura a seção do diploma legislativo referente à responsabilidade por infrações à legislação tributária. Primeiramente, cumpre relatar que, embora o código a caracterize como responsabilidade, a rigor, devido ao vínculo direto e pessoal com as infrações, o agente não seria responsável, mas sim contribuinte<sup>[2]</sup>.

Conforme se depreende da leitura do referido dispositivo, essa responsabilidade tem natureza objetiva, logo, irrelevante a comprovação de culpa do agente: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Com efeito, aqui cabe a ressalva de que a responsabilidade objetiva é a regra geral, tendo em vista que o próprio art. 136 admite a possibilidade de legislação que expressamente atribua natureza subjetiva à responsabilidade do infrator. A regra da objetividade impede uma ampliação na discussão da intenção do agente e posterior demora na aplicação da penalidade, conforme explicita Ricardo Alexandre<sup>[3]</sup>.

Acerca desse ponto, o STJ tem mitigado a regra da responsabilidade objetiva em relação ao adquirente de boa-fé, segundo entendimento estampado no Resp. 1.148.444-MG, em que restou consignado que a objetividade prevalecerá tão somente em relação ao alienante:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. **1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação [...]. 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária**



independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante). 3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. **A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.** 5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 14/04/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO). [Grifei].

O doutrinador Ricardo Alexandre acrescenta, ainda, ao estudo do tema, a presença intrínseca do brocardo *in dubio pro reo*<sup>[4]</sup>, com fundamento no art. 112, I, do CTN, segundo o qual: "A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais

favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato [...]”.

No que diz respeito à existência de subsidiariedade ou solidariedade na cominação dessa responsabilidade por infrações, a legislação é clara ao prever as hipóteses em que o agente será pessoalmente responsável, não havendo que se falar, portanto, nas demais formas citadas. Essa norma encontra-se no art. 137 do CTN, a seguir transcrito:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no **artigo 134[5]**, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas. *[Grifei]*.

Assim sendo, não obstante a regra na seara tributária seja a responsabilização da pessoa jurídica, o agente que atuou em seu nome e causou danos à sua incolumidade é que se tornará pessoalmente responsável pelas infrações que houver cometido, de forma que a pessoa jurídica permanecerá no polo passivo em relação apenas à obrigação de pagar o tributo. A multa ficará a cargo do agente[6].

Feita essa breve abordagem sobre a responsabilidade por infrações à legislação tributária, fundamento lógico e jurídico da denúncia espontânea, passa-se agora ao estudo minudenciado desta.

## **2.2 Aplicabilidade da denúncia espontânea**

A denúncia espontânea, que tecnicamente é uma confissão[7], afasta a responsabilidade por infrações, desde que o agente, além de comunicar o cometimento do ilícito, efetue o pagamento integral da obrigação tributária principal nos casos devidos, compreendendo o valor do tributo acrescido de correção monetária e juros de mora[8]. Veja:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Desta forma, o que o instituto jurídico tributário em comento afasta é apenas a cominação de multa, que também consiste em obrigação tributária principal, por ter caráter pecuniário, mas difere do tributo em vista do fim sancionatório não encontrado neste último[9]. Em relação à natureza da multa que será elidida, apesar das divergências doutrinárias, o STJ tem entendido que as punitivas e as moratórias serão igualmente afastadas[10].

Sacha Calmon, citado por Ivan Luís Bertevello, afirma:

É sabido que o descumprimento de obrigação principal impõe além do pagamento do tributo não pago, e do pagamento dos juros e da correção monetária, a inflição de uma multa, comumente chamada moratória ou de revalidação e que o descumprimento de obrigação acessória acarreta tão-somente a imposição de uma multa disciplinar, usualmente conhecida pelo apelido de "isolada".

Assim, pouco importa ser a multa isolada ou de mora. A denúncia espontânea opera contra as duas[11].

Ademais, para configurar a espontaneidade, é imprescindível que a denúncia seja realizada antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida fiscalizatória com o intuito de apurar a infração, nos termos do parágrafo único do art. 138 do CTN[12]. De acordo com Ricardo Alexandre[13], a espontaneidade só estará extinta com a comunicação formal ao sujeito passivo, isto é, enquanto não houver conhecimento oficial sobre a existência de procedimento instaurado para apurar a respectiva infração, ele poderá utilizar-se do benefício.

Esse também é o posicionamento do STJ, conforme relatou o Ministro José Delgado em 2003, no julgamento do REsp 516337-RJ: “O instituto da denúncia espontânea exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte”[14].

No âmbito da União, o parágrafo único do art. 138 do CTN encontra-se regulamentado pelo art. 7º do Decreto nº 70.235/72, de forma que o procedimento fiscal considerar-se-á iniciado a partir do momento que o sujeito passivo tiver ciência do primeiro ato de ofício praticado por servidor competente; da apreensão de mercadorias, documentos ou livros ou ainda do despacho aduaneiro de mercadoria importada[15].

Por fim, insta salientar que o instituto da denúncia espontânea não se encontra consagrado apenas no Código Tributário Nacional, mas também em outras legislações específicas, a exemplo do art. 102, §2º do Decreto-Lei 37/66[16], que trata de matéria aduaneira. Tal dispositivo foi recentemente reformado pela Lei nº 12.350 de 2010, que promoveu uma ampliação do objeto do procedimento em estudo. Com isso, a denúncia espontânea passou a abranger tanto infrações tributárias como administrativas, ressalvadas apenas as penalidades aplicáveis a mercadorias sujeitas a penas de perdimento.

## **2.3 Inaplicabilidade da denúncia espontânea**

### **2.3.1 Obrigações Acessórias**

Ao contrário das obrigações principais, as acessórias não tem caráter pecuniário e representam prestações de caráter positivo ou negativo (fazer ou deixar de fazer) que auxiliam o cumprimento da obrigação principal e facilitam a sua fiscalização[17].

Embora o descumprimento de uma obrigação acessória acarrete na sua conversão em obrigação de dar quantia (através da multa), o STJ firmou entendimento de que as obrigações acessórias só estarão englobadas pelo benefício da denúncia espontânea se forem vinculadas ao fato gerador do tributo[18]. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA. ART. 138 DO CTN. ENTREGA EM ATRASO DA DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS. 1. A denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas. Precedentes. 2. Recurso especial não provido.” (STJ, Segunda Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL – 1129202, Data da Publicação: 29/06/2010).

Desta forma, o descumprimento de meras obrigações acessórias autônomas não afasta a incidência de multa pela denúncia espontânea.

#### **4.2. Parcelamento**

O parcelamento é uma causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário previsto no art. 151, VI, do CTN que deve ser concedida por meio de lei específica do ente que possui competência tributária para instituir o tributo. Segundo Ricardo Alexandre, “consiste numa política fiscal com a qual o Estado procura recuperar créditos [...]”[19].

Embora existam divergências doutrinárias sobre o tema, o parcelamento não tem o condão de permitir a denúncia espontânea, consoante posicionamento consolidado do STJ. Sucede que o pagamento - hipótese expressamente prevista no art. 138 do CTN - possui o poder de

extinguir o crédito tributário, enquanto o parcelamento apenas extingue a sua exigibilidade.

Ainda que assim não fosse, o pagamento que elide a imputação de penalidade pecuniária é tão somente o integral, e não é possível afirmar que o ato de parcelar gera presunção de pagamento integral, podendo o sujeito passivo descumprir com a obrigação de adimplir as parcelas[20].

No mesmo sentido, o art. 155-A, §1º, do CTN, acrescido pela LC 104 de 2001, acabou por corroborar com o entendimento aqui defendido, estabelecendo que o parcelamento não exclui a incidência de juros e multas.

#### **4.3. Lançamento por Homologação**

Lançamento por homologação (ou autolançamento) é aquele em que o sujeito passivo participa amplamente do cálculo do valor do tributo, declarando-o e inclusive pagando-o antecipadamente. A constituição definitiva do crédito, no entanto, dependerá de ulterior homologação pela autoridade administrativa no prazo de 5 anos. Essa homologação poderá ser expressa ou tácita, caso esgotado o lapso temporal previsto[21].

Assim sendo, é dever do sujeito passivo proceder à declaração e ao recolhimento do tributo devido. Caso ele declare, mas não pague tempestivamente, ou seja, dentro do prazo de vencimento, entende-se que não há direito à denúncia espontânea. Esse posicionamento encontra-se consagrado na Súmula 360 do STJ[22] e permanece vigente mesmo que não tenha havido qualquer procedimento fiscalizatório por parte da administração tributária.

Isso porque a declaração realizada pelo interessado representa uma espécie de confissão de dívida e permite que o valor declarado seja de imediato inscrito em dívida ativa, sendo desnecessário eventual procedimento de apuração do valor.

Além disso, conforme acertadamente lecionou Fernando Braz Ximenes, falta à situação estudada um dos pressupostos substanciais da

denúncia espontânea, qual seja, o ato de levar fatos desconhecidos a conhecimento da administração tributária.

Em primeiro lugar, foge à essência do instituto da denúncia espontânea atribuir a benesse em tais casos. Conforme visto, a denúncia espontânea se aplica naquelas situações em que o contribuinte, ciente de que cometeu infração tributária, teme ser descoberto e, em função desse temor, confessa a prática do ilícito. Em decorrência desse arrependimento, o Fisco premia o contribuinte, excluindo as multas aplicáveis ao caso. Na situação sob análise, a Administração Tributária já sabe de antemão da existência do fato gerador, posto que o próprio contribuinte declarou a sua existência.

Nesse contexto, a jurisprudência consolidada do STJ defende a impossibilidade lógica de se confessar créditos já constituídos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADO E NÃO PAGO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Não viola o artigo 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. O art. 138 do CTN, que trata da denúncia espontânea, não eliminou a figura da multa de mora, a que o Código também faz referência (art. 134, par. único). **É pressuposto essencial da denúncia espontânea o total desconhecimento do Fisco quanto à existência do tributo denunciado (CTN, art. 138, par. único).**

**Consequentemente, não há possibilidade lógica de haver denúncia espontânea de créditos tributários já constituídos e, portanto, líquidos, certos e exigíveis.** 3. Segundo jurisprudência pacífica do STJ, a apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco. 4. A falta de recolhimento, no devido prazo, do valor correspondente ao crédito tributário assim regularmente constituído acarreta, entre outras consequências, as de (a) autorizar a sua inscrição em dívida ativa, (b) fixar o termo a quo do prazo de prescrição para a sua cobrança, (c) inibir a expedição de certidão negativa do débito e (d) afastar a possibilidade de denúncia espontânea. 5. Nesse entendimento, a 1ª Seção firmou jurisprudência no sentido de que o recolhimento a destempo, ainda que pelo valor integral, de tributo anteriormente declarado pelo contribuinte, não caracteriza denúncia espontânea para os fins do art. 138 do CTN. 6. Recurso especial a que se dá provimento.” (STJ, Primeira Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL – 825135, Data da Publicação: 25/05/2006.) [Grifei]

Diante do exposto, pode-se afirmar que o parcelamento, portanto, está excluído das hipóteses de aplicabilidade da denúncia espontânea.

## **5 CONCLUSÃO**



Embora tenha poucos dispositivos que o regulamentem no Código Tributário Nacional, o instituto da denúncia espontânea vem sendo contornado pelas discussões doutrinárias e esclarecido pelas decisões jurisprudenciais no âmbito do STJ. Atualmente, a denúncia espontânea mostra-se de extrema relevância para a persecução do interesse público, na medida em que possibilita ao Fisco a recuperação de créditos que sequer eram conhecidos.

No entanto, é preciso ter cautela para que não se torne um verdadeiro “prêmio” àqueles que continuamente cometem infrações à legislação tributária, em detrimento dos indivíduos que atuam em conformidade com esta. Portanto, cabe aos tribunais superiores continuar minudenciando os casos de sua aplicabilidade, sempre observando os princípios informadores da Administração Pública.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BERTEVELLO, Ivan Luís. **Denúncia espontânea só vale com condições**. Revista Consultor Jurídico, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-13/denuncia-espontanea-falta-declaracoes-vale-condicoes>>. Acesso em: 09 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CABRAL, Thiago de Melo. **Denúncia espontânea em matéria tributária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 487, 6 nov. 2004. Disponível em: . Acesso em: 9 de agosto de 2015.

MOYSES, Natalia Hallit. **Denúncia espontânea nas obrigações tributárias acessórias à luz da doutrina e da jurisprudência**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3978, 23 maio 2014. Disponível em: . Acesso em: 7 de agosto de 2015.

XIMENES, Fernando Braz. **A denúncia espontânea à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: . Acesso em 8 de agosto de 2015.

NOTAS;

[1] Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

[2] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado.** 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 335.

[3] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 336.

[4] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 337.

[5] Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

[6] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 339.

[7] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 341.

[8] BERTEVELLO, Ivan Luís. **Denúncia espontânea só vale com condições**. Revista Consultor Jurídico, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-13/denuncia-espontanea-falta-declaracoes-vale-condicoes>>. Acesso em: 09 de agosto de 2015.

[9] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 257.

[10] BERTEVELLO, Ivan Luís; op. cit.

[11] BERTEVELLO, Ivan Luís; op. cit.

[12] Art. 138 [...] Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

[13] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 342.

[14] STJ - REsp: 516337 RJ 2003/0041758-2, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 17/06/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.09.2003 p. 268.

[15] MOYSES, Natalia Hallit. **Denúncia espontânea nas obrigações tributárias acessórias à luz da doutrina e da jurisprudência**. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3978, 23 maio 2014. Disponível em: . Acesso em: 7 de agosto de 2015.

[16] Art.102 - A denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do imposto e dos acréscimos, excluirá a imposição da correspondente penalidade.

§ 1º - Não se considera espontânea a denúncia apresentada:

a) no curso do despacho aduaneiro, até o desembaraço da mercadoria;

b) após o início de qualquer outro procedimento fiscal, mediante ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, tendente a apurar a infração.

§ 2º A denúncia espontânea exclui a aplicação de penalidades de natureza tributária ou administrativa, com exceção das penalidades aplicáveis na hipótese de mercadoria sujeita a pena de perdimento.

[17] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 258.

[18] XIMENES, Fernando Braz. **A denúncia espontânea à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio

Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: . Acesso em 8 de agosto de 2015.

[19] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 394.

[20] CABRAL, Thiago de Melo. **Denúncia espontânea em matéria tributária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 487, 6 nov. 2004. Disponível em: . Acesso em: 9 de agosto de 2015.

[21] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 373.

[22] STJ 360: O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

## A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir a aplicação do direito estrangeiro. As normas de direito internacional privado integram a ordem jurídica interna de cada país e devem ser aplicadas pelo juiz de ofício. O Supremo Tribunal federal já decidiu que o direito estrangeiro se equipara à legislação federal, quando for designado como aplicável de acordo com as normas de direito internacional privado vigente. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no entendimento de que o juiz deve aplicar o direito de acordo com as regras que o próprio juiz estrangeiro observaria, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente em seu país, e isso no interesse da concordância da decisão com sistema jurídico estrangeiro. A lei brasileira deve ser aplicada a todos os brasileiros e estrangeiros que se encontrem em território brasileiro. A aplicação do direito estrangeiro deve obedecer a regras processuais próprias, distintas daquelas que se referem à aplicação do direito interno, não há necessidade de configurá-lo como fato, socorrendo-se do meio artificial da ficção jurídica.

**Palavras-chave:** Aplicação; Norma de direito internacional privado; Direito estrangeiro; Brasil.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the application of foreign law. The rules of private international law are part of the domestic legal system of each country and must be applied by the court of ex officio. The Federal Supreme Court has already ruled that foreign law is equivalent to federal law, when it is designated as applicable under the rules of private international law in force. The doctrine and jurisprudence are peaceful in the understanding that the judge must apply the law in accordance with the rules that the foreign judge himself would observe, in accordance with the legal system in force in his country, and this in the interests of agreement of the decision with the system foreign law. Brazilian law should apply to all Brazilians and foreigners who are in Brazilian territory. The application of foreign law must comply with its own procedural rules, different from those

referring to the application of domestic law, there is no need to configure it as fact, using the artificial means of legal fiction.

**Keywords:** Application, Standard of private international law, Foreign law, Brazil.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto discutir la aplicación del derecho extranjero. Las normas de derecho internacional privado integran el ordenamiento jurídico interno de cada país y deben ser aplicadas por el juez de oficio. El Supremo Tribunal Federal ya ha decidido que el derecho extranjero se equipara a la legislación federal cuando sea designado como aplicable de acuerdo con las normas de derecho internacional privado vigente. La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en el entendimiento de que el juez debe aplicar el derecho de acuerdo con las reglas que el propio juez extranjero observaría, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en su país, y eso en interés de la concordancia de la decisión con sistema jurídico extranjero. La ley brasileña debe aplicarse a todos los brasileños y extranjeros que se encuentren en territorio brasileño. La aplicación del derecho extranjero debe obedecer a reglas procesales propias, distintas de aquellas que se refieren a la aplicación del derecho interno, no hay necesidad de configurarlo como hecho, socorriéndose del medio artificial de la ficción jurídica.

**Palabras clave:** Aplicación, Norma de Derecho internacional privado, Derecho extranjero, Brasil.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades antigas, o estrangeiro, como regra, não gozava de direitos e, como consequência, não havia conflitos entre ordens jurídicas diversas, razão de ser do direito internacional privado. A eventual necessidade de julgar os estrangeiros levou à criação de tribunais excepcionais, como o do Pretor Peregrino, em Roma, e o do Polemarca, em Atenas. Por outro lado, o Pentateuco continha normas sobre o tratamento equânime do estrangeiro entre o povo judeu.

Com as invasões bárbaras do século V e o fim do Império Romano, surgiu o sistema da personalidade da lei, segundo o qual cada indivíduo, em território estrangeiro, gozava do direito de reger sua vida pelas leis da sua origem. Como cada grupo conservava os seus próprios costumes, conviviam, portanto, no mesmo território, o direito romano (para reger os antigos cidadãos romanos) e o de diferentes povos bárbaros. De modo a procurar resolver os conflitos de leis naturalmente provocados por este estado de coisas, criaram-se certas regras de conflito de leis, como as que aplicavam a lei do vendedor à compra e venda, a da origem nacional do falecido à sucessão, e a da origem nacional do marido à mulher.

Posteriormente, a fixação do homem na terra, a organização dos feudos e a autonomia do senhor feudal marcaram o fim da fase da personalidade da lei e o início da aplicação do princípio oposto, o da territorialidade da lei. As populações passaram a submeter-se exclusivamente à lei em vigor em seus territórios, o que impedia o aparecimento de conflitos de leis.

A partir do século XI, as cidades-Estado do norte da Itália, que se haviam tornado grandes centros comerciais começaram a transformar o seu direito consuetudinário em estatutos escritos, voltados principalmente para o direito privado e com diferenças entre si. A intensificação do comércio na região levava a contatos frequentes entre mercadores de diversas cidades, cujos eventuais conflitos, levados a tribunais locais, impunham a necessidade de definir qual o estatuto aplicável ao caso. As primeiras tentativas de estabelecimento de regras para resolver tais conflitos de leis marcam, segundo alguns, o início da ciência do direito internacional privado.

As normas de direito internacional privado integram a ordem jurídica interna de cada país e devem ser aplicadas pelo juiz de ofício. Na sua essência, designam o direito aplicável a relações jurídicas de direito privado com conexão internacional. Este sempre será ou do direito interno ou um determinado direito estrangeiro. Quanto à aplicação do direito interno, não há dúvida de que o juiz o aplique de ofício. No entanto, é assunto controvertido na doutrina como o juiz deve aplicar o direito estrangeiro no processo.

Nos dias atuais, existem, basicamente, três tendências gerais nos diferentes sistemas jurídicos nacionais. Conforme a primeira, cumpre ao juiz aplicar o direito estrangeiro de ofício. A adoção desses princípios, entretanto, não significa que o juiz não possa exigir das partes a colaboração na pesquisa do direito estrangeiro, sendo-lhe facultado determinar diligências para apuração do teor, da vigência e da interpretação de tal direito.

A primeira vertente é o Direito Internacional Público, que em resumo é um conjunto de regras delineadas em tratados internacionais e aplicáveis aos países que a eles aderirem, podendo cobrir os mais diversos temas, tais como Direito Internacional do Trabalho (tratados da OIT), Direito Internacional Comunitário (tratados que criam blocos regionais como Mercosul e União Europeia) e Direito Internacional Tributário (tratados de não-bitributação).

Já o Direito Internacional Privado não tem qualquer relação com tratados internacionais ou aplicação a diversos países, mas é na verdade direito interno de cada país, que determina as regras de solução de conflitos entre leis de diferentes jurisdições que podem ser aplicadas a um mesmo caso.

É importante destacar que para haver necessidade de aplicação do Direito Internacional Privado é obrigatória a presença do chamado “elemento de estraneidade”, que nada mais é do que a existência de qualquer fato que atraia a possível aplicação de uma legislação estrangeira, como é o caso de um dos contratantes ser uma empresa estrangeira sem representação no Brasil.

Esse elemento de estraneidade, ao atrair a aplicação de uma legislação estrangeira, causa o chamado “conflito de leis no espaço”.

## 2 DESENVOLVIMENTO

O juiz brasileiro deve, de lege lata, em princípio, aplicar o direito estrangeiro de ofício. Com efeito, se não for adotada tal regra no processo, as normas de direito internacional privado, designativas do direito aplicável, qualificar-se-iam como imperfeitas, o que na realidade não é o caso. O



próprio direito internacional privado não faz restrições à aplicação do direito estrangeiro e não o discrimina em relação ao direito interno. Se o juiz não for obrigado a aplicar o direito estrangeiro de ofício, torna-se incerto se o direito, designado pelas normas do direito internacional privado, será de fato aplicado no processo. Não existe nenhuma garantia, neste caso, de que a norma do direito internacional privado será aplicada como ela própria ordena, razão pela qual incumbe ao próprio juiz tomar iniciativa de aplicar o direito estrangeiro ao processo.

O Supremo Tribunal federal já decidiu que o direito estrangeiro se equipara à legislação federal, quando for designado como aplicável de acordo com as normas de direito internacional privado vigente.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no entendimento de que o juiz deve aplicar o direito de acordo com as regras que o próprio juiz estrangeiro observaria, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente em seu país, e isso no interesse da concordância da decisão com sistema jurídico estrangeiro.

Numa definição estrita, o direito internacional privado compreende apenas as normas de solução dos conflitos de leis no espaço. Muitos estudiosos, porém, entendem que as regras de direito referentes a nacionalidade, conflito de jurisdições e condição jurídica do estrangeiro também integram o objeto do direito internacional privado.

Entende-se como conflito de leis no espaço qualquer relação humana ligada a duas ou mais ordens jurídicas cujas normas não são coincidentes. O juiz ou o intérprete da lei, diante de um caso de conflito de leis no espaço, assiste portanto à concorrência de duas ou mais leis - produzidas por países (ou províncias) diferentes - sobre a mesma questão jurídica.

A dúvida sobre qual direito (o nacional ou o estrangeiro; ou um dentre dois ou mais direitos estrangeiros) aplicar a um caso concreto envolvendo estrangeiros nasce da circulação de pessoas e coisas no espaço, de um lado, e, de outro, da proliferação de ordens jurídicas nacionais - e, em alguns casos, provinciais ou estaduais - autônomas que procuram regular, cada uma a seu modo, as mesmas situações jurídicas. Sendo impossíveis

as soluções mais simplistas para o problema (a supressão do intercâmbio humano além-fronteiras ou a uniformização legislativa mundial), cabe ao juiz ou ao intérprete resolver o eventual conflito que se lhe apresente por meio da escolha dentre uma das leis concorrentes.

Tal escolha é efetuada com base em regras pré-estabelecidas, cujo conjunto constitui o direito internacional privado.

Na imensa maioria dos casos, apenas uma ordem jurídica rege os fatos e atos jurídicos em um determinado local. Por exemplo, um contrato celebrado em São Paulo, Brasil, provavelmente terá sido assinado por brasileiros residentes no Brasil, e seus efeitos serão produzidos em território brasileiro, razão pela qual ele é regido pela lei brasileira. Mas ocorre às vezes que um fato ou ato jurídico (no exemplo, o contrato) tem relação com mais de uma ordem jurídica. Ainda no mesmo exemplo, seria o caso de um contrato assinado entre um brasileiro e um escocês, ou destinado a produzir efeitos no estado da Califórnia, Estados Unidos.

Dentre estes casos, há algumas situações especiais, em que o intérprete da lei (advogado, juiz ou outro) depara com um fato ou ato jurídico ligado a duas ou mais ordens jurídicas autônomas cujas normas, aplicáveis ao caso (no exemplo, o contrato), são divergentes - um conflito de leis no espaço. Retomando o exemplo, um contrato assinado entre um escocês de 17 anos de idade, domiciliado na Escócia, e um brasileiro de 18 anos é motivo de litígio em juízo no Brasil. O brasileiro, que deseja anular o contrato, argumenta que o escocês é menor de idade, pois a capacidade jurídica plena no Brasil começa aos 18 anos; o escocês, em sua defesa, alega que a maioridade na Escócia começa aos 16 anos e que é esta lei (a escocesa) que o juiz deve aplicar para determinar a sua capacidade jurídica. Nestes termos, o juiz brasileiro acolherá a alegação do escocês. Por quê?

Confrontado com um caso ligado a duas ordens jurídicas diferentes, o juiz consultará o direito internacional privado brasileiro. Este, contido em grande parte na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispõe que a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre a capacidade. Assim sendo, e considerando que o escocês

do exemplo é domiciliado na Escócia, quem define, para o juiz brasileiro, a capacidade jurídica daquele cidadão escocês é a lei escocesa. Está solucionado, mediante as regras do direito internacional privado brasileiro, um caso de conflito de leis no espaço (entre a brasileira e a escocesa) com que deparava um juiz brasileiro.

A aplicação do direito internacional privado a um caso concreto ocorre por meio de três conceitos: o de "categoria de relações jurídicas" (ou "qualificação"), o de "elemento de conexão" e o de "lei competente". Por exemplo, o direito internacional privado brasileiro dispõe que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem". Um juiz brasileiro que tenha em mãos um caso de conflito de leis sobre um contrato celebrado na França se perguntará, em primeiro lugar, qual a categoria de relações jurídicas (no caso, trata-se de obrigações – um contrato); em segundo lugar, qual o elemento de conexão que o direito internacional privado brasileiro manda usar para reger as obrigações (é a lei do lugar onde se constituíram – a França); concluirá então que a lei competente para reger o contrato do exemplo é a francesa.

Embora a imensa maioria dos casos de direito internacional privado diga respeito a questões de direito privado (família, sucessões, obrigações, personalidade e capacidade etc.), alguns juristas entendem que o direito internacional privado pode aplicar-se também a questões de direito público.

Os elementos de conexão constituem-se na chave para solucionar os conflitos de leis no espaço. As diversas legislações nacionais de direito internacional privado organizam-se, via de regra, em torno daqueles que apontam a lei competente para solucionar os conflitos. Valladão define-os como certas circunstâncias diretamente ligadas ao caso, usadas pela norma de direito internacional privado para indicar a lei competente.

Valladão classifica os elementos de conexão em:

reais: a situação da coisa, o lugar do ato ou fato, o lugar do contrato ou de sua execução, o lugar da origem ou nascimento, o lugar do domicílio;

personais: a nacionalidade, a religião, a tribo, a raça, a vontade; e

institucionais: o pavilhão ou a matrícula de navio ou aeronave, o foro (i.e., a autoridade que conhece do caso).

Outro exemplo de classificação é a doutrina francesa (são, a rigor, "regras de conexão", pois já indicam o elemento e a lei competente):

o estatuto pessoal é regido pela lei nacional;

o estatuto real é regido pela lei da situação dos bens; e

os fatos e atos jurídicos são regidos pela lei do local de sua ocorrência ou pela da escolha das partes.

São exemplos de elementos de conexão (enunciados tradicionalmente em latim):

lex patriae: lei da nacionalidade da pessoa física;

lex domicilii: lei do domicílio;

lex loci actus e locus regit actus: lei do local da realização do ato jurídico;

lex loci contractus: lei da celebração do contrato;

lex loci solutionis: lei do local onde a obrigação ou o contrato deve ser cumprido;

lex voluntatis: lei de escolha dos contratantes;

lex loci delicti: lei do lugar onde o ato ilícito foi cometido;

lex rei sitae: lei do local em que a coisa se encontra;

mobilia sequuntur personam: lei do local onde se encontra o proprietário (para bens móveis);

lex loci celebrationis: a lei do local da celebração rege as formalidades do casamento;

lex monetae: lei do local em cuja moeda a dívida está expressa;

lex loci executionis: lei do local onde se procede à execução forçada de uma obrigação;

lex fori: lei do local onde corre a ação judicial.

Dentre os elementos de conexão acima, cada país escolhe os que melhor lhes convêm para compor o direito internacional privado nacional. Por exemplo, o direito internacional privado brasileiro elegeu a lex domicilii para reger o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família; outros países preferem a lex patriae. O Brasil emprega a lex rei sitae para reger os bens; outros Estados podem recorrer à mobilia sequuntur personam.

O estudo da nacionalidade é de grande importância para o direito internacional privado, já que o tema é um dos elementos de conexão (lex patriae) utilizados por diversos países para resolver conflitos de leis no espaço referentes ao estatuto pessoal (personalidade, capacidade etc.). A verificação da nacionalidade de uma pessoa permite distinguir entre nacionais e estrangeiros, que gozam de direitos diferentes.

Nacionalidade é o vínculo jurídico de direito público interno entre uma pessoa e um Estado. A nacionalidade pressupõe que a pessoa goze de determinados direitos frente ao Estado de que é nacional, como o direito de residir e trabalhar no território do Estado, o direito de votar e ser votado (este, conhecido como cidadania), o direito de não ser expulso ou extraditado e o direito à proteção do Estado (inclusive a proteção diplomática e a assistência consular, quando o nacional se encontra no exterior), dentre outros.

Tradicionalmente, o direito internacional privado também estuda a entrada, permanência e saída dos estrangeiros em determinado Estado, bem como sua capacidade local de gozo de direitos em face dos indivíduos

que são nacionais ou residentes daquele país. O conjunto de textos legais de um Estado sobre tais assuntos é constitutivo da condição dos indivíduos estrangeiros ao sistema jurídico local (os chamados estrangeiros ou estranhos) enquanto ali se encontrarem. Temas como vistos, residência permanente, passaportes, imigração, deportação, expulsão e extradição são, portanto, tratados pelo direito internacional privado. Outras questões também podem ser objeto da disciplina, no que se refere à capacidade jurídica dos estrangeiros, como os direitos políticos, a propriedade e a possibilidade ou impossibilidade de ocuparem cargo público.

Ao longo da história, a condição jurídica do estrangeiro oscilou desde o extremo da discriminação absoluta, que negava ao estranho o gozo de quaisquer direitos, até a concepção moderna da igualdade de todos perante a lei, embora mesmo esta comporte exceções no que se refere ao estrangeiro.

Tais normas, em regra, são qualificadas como de ordem pública. Assim sendo, a discriminação do estrangeiro frente ao nacional pode fundar-se somente em motivos de interesse público.

Em princípio, a lei brasileira deve ser aplicada a todos os brasileiros e estrangeiros que se encontrem em território brasileiro (regra da territorialidade). Entretanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) contém os elementos de conexão que indicarão a lei aplicável a casos conectados com legislações de mais de um país.

Processos que envolvam estrangeiros são de competência de autoridade judiciária brasileira sempre que o réu for domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação ou pena. Da mesma maneira, só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer sobre as ações relativas a imóveis situados no Brasil. Poderá, contudo, cumprir solicitações de autoridade estrangeira competente pelas chamadas cartas rogatórias (por exemplo: num processo judicial na Alemanha, o juiz solicita a um juiz brasileiro que ouça determinada testemunha domiciliada aqui).

Já a homologação de sentença estrangeira, desde a Emenda Constitucional n.º 45, é um procedimento levado ao Superior Tribunal de Justiça cujo objetivo é possibilitar o cumprimento de sentenças

estrangeiras no território brasileiro. Só pode ser apresentada mediante alguns requisitos (definidos no art.15 da LINDB), como haver sido proferida por juiz competente, e estar traduzida por intérprete autorizado.

Observa-se, porém, que as leis, os atos e as sentenças de outro país não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art.17 da LINDB).

Os limites a aplicação do Direito Estrangeiro estão na ordem pública, nas normas imperativas (lois de police) e no princípio de neutralização dos efeitos da fraude à lei.

A ordem pública representa os valores da sociedade local. As normas imperativas representam as leis nacionais que têm um valor especial no ordenamento jurídico local, como normas trabalhistas, direitos da criança, legislação trabalhista.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito Internacional Privado tem por objetivo maior estabelecer, em razão do elemento de conexão, as regras e os princípios para a extraterritorialidade da lei, razão pela qual ele irá definir, em diversas situações, se a legislação a ser aplicada em determinada relação jurídica é a legislação nacional ou a estrangeira.

Nas situações em que as regras e princípios de Direito Internacional Privado determinarem a aplicação do direito estrangeiro, caberá ao juiz apurar a sua existência, seu conteúdo e sua vigência. Contudo ele poderá determinar que essa tarefa seja realizada pela parte que alegar a necessidade de aplicação dessa norma.

A norma do direito internacional privado será a aplicada como ela própria ordena, razão pela qual incumbe ao próprio juiz tomar a iniciativa de aplicar o direito estrangeiro ao processo.

A aplicação do direito estrangeiro deve obedecer a regras processuais próprias, distintas daquelas que se referem à aplicação do

direito interno, não há necessidade de configurá-lo como fato, socorrendo-se do meio artificial da ficção jurídica.

## REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, Ed. Saraiva, 2ª edição, 1996.

DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado (Parte Geral)**, Ed. Renovar, 2ª ed., 1993.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila, **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado - lois de police**, Ed. Forum, 2007.

MACHADO, João Baptista, **Lições de Direito Internacional Privado**, 3.ª Edição, Coimbra, 2002.

OLIVEIRA, Luiz Andrade. **Aplicação do Direito estrangeiro no processo**. In: \_\_\_\_\_. Princípios gerais de Direito Processual Civil internacional. Disponível em: . Acesso em: 03 fev. 2018.

RAMOS, Rui Moura, **The private international law rules of the new Special Administrative Region of Macau of the People's Republic of China**, Louisiana Law Review, 2000, 1281 ss.

TENÓRIO, Oscar, **Direito Internacional Privado**, 11a ed., Freitas Bastos, 1976.

VALLADÃO, Haroldo, **Direito Internacional Privado**, v. 1, Ed. Freitas Bastos, 4ª ed., 1974.



## A INCIDÊNCIA DO ISS NAS OPERAÇÕES DE LEASING À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

**JÚLIA GOMES DE AZEVEDO:** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e pós-graduada em Advocacia Tributária pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM).

**RESUMO:** A Constituição Federal, ao prever o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza, utilizou apenas a expressão “serviços” para definir sobre o que este incidiria. Inobstante, a verdadeira finalidade da norma é tributar a prestação de serviço, e não o serviço em si mesmo. Na lista anexa da Lei Complementar 116/2003 (diploma legal do ISS) estão previstas como serviço tributável pelo imposto em estudo as operações de arrendamento mercantil, também chamadas de *leasing*. Em linhas gerais, o contrato de *leasing* é uma espécie de locação que dá ao locatário a possibilidade de comprar o bem alugado ao final do contrato, mediante pagamento do valor residual, ou ainda renovar ou encerrar o contrato. A modalidade clássica ou pura de arrendamento é o *leasing* financeiro, em que o arrendador não possui o bem, adquire-o por indicação do arrendatário e posteriormente o aluga a este. Embora seja um tema polêmico o enquadramento do *leasing* financeiro como serviço para fins de incidência do ISS, o STF já se posicionou no sentido de que se trata de um contrato autônomo cujo núcleo - o financiamento - é considerado como serviço, sendo legítima, portanto, a tributação.

**Palavras - Chave:** ISS; Leasing; Serviço; Financiamento.

**SUMÁRIO:** RESUMO. 1INTRODUÇÃO. 2DESENVOLVIMENTO. 2.1Responsabilidade por infrações. 2.2Definição e modalidades de leasing. 2.3Incidência do iss nos contratos de leasing. 3CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A análise da materialidade de cada tributo é de extrema relevância para a delimitação do que será por este onerado, já que são incontáveis as

possibilidades de mundo fático. Nesse condão, além de a Constituição Federal ter repartido, de forma taxativa, as competências tributárias exclusivas entre os três níveis federativos, delegou à lei complementar nacional a função de uniformizar os principais elementos de cada imposto. Assim é que a Carta Magna em conjunto com o Código Tributário Nacional fornecem o aparato mínimo para a incidência legítima de um imposto.

Partindo dessa premissa básica é que cada ente irá minudenciar os demais elementos do tributo, adaptando-os à sua realidade fática. Assim ocorre com os municípios, entidades competentes para o estabelecimento do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), que deverão instituí-lo por lei ordinária, sempre em obediência à Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e, em especial, à lei Complementar 116/2003, que delimita o seu campo de materialidade.

Através desse artigo, busca-se analisar as principais características do campo de materialidade do ISS, que, uma vez pontuadas, formarão a base da análise de um dos serviços inclusos no rol de serviços tributáveis, o arrendamento mercantil. A partir da construção desse arcabouço teórico, partir-se-á ao objetivo final, o de delinear a legitimidade da incidência do ISS à luz dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência das Cortes Superiores.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Materialidade do ISS**

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, além de trazer um mandamento que legitima o exercício da competência tributária municipal, impõe limites a este na medida em que pontua onde ele deverá recair. Assim é que, com fundamento no inciso III do referido dispositivo, pode-se dizer que atualmente a instituição do chamado Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS) cabe exclusivamente a cada um dos municípios da federação brasileira.

Ainda da leitura do inciso apontado, é possível inferir que, apesar de o constituinte não ter projetado um conceito analítico do que seriam “serviços de qualquer natureza”, sem dúvidas pretendeu apartar o campo

de incidência do ISS dos demais tributos, uma vez que trouxe dois pressupostos inafastáveis: que o serviço não esteja compreendido no art. 155, II (o que exclui aqueles que estão sujeitos à incidência do ICMS) e que o serviço esteja definido em lei complementar<sup>[1]</sup>.

Dessa forma, excepcionados os serviços de comunicação e transporte interestadual e intermunicipal, “qualquer serviço pode ser tributado pelo município, desde que definido em lei complementar”<sup>[2]</sup>.

Ressalte-se, entretanto, que, muito embora a Constituição Federal, em sua literalidade, tenha falado simplesmente em “serviços”, a finalidade da norma é tributar a prestação de serviço, conforme se extrai das palavras de José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsen<sup>[3]</sup>:

O cerne da materialidade do ISS não se restringe a “serviços”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com as diretrizes de direito privado. A obrigação de “fazer” concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incidível, configurando-se de modo negativo à obrigação “de dar” (entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros).

Tal obrigação de “fazer” caracterizadora do ISS não é exclusiva deste, encontrando abrigo também no campo de incidência do IPI. A diferença reside no fato de que a atividade de industrialização pressupõe “produção ou beneficiamento de bens em massa”<sup>[4]</sup>, enquanto na acepção de serviço não se encontra alojada essa ideia de repetição, mas sim de individualidade.

Com efeito, partindo dos conceitos aqui já abordados, é possível delinear o objeto central da materialidade do ISS, mas em relação ao rol de serviços previstos em lei complementar, há dois pontos que merecem destaque, por causarem certas divergências doutrinárias.

O primeiro deles consiste na polêmica em definir se o rol trazido pela lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 é ou não taxativo. O STF já decidiu pela taxatividade da mencionada lista. Ocorre que em diversos momentos são utilizadas expressões como “e congêneres”, “e demais”, “e outros”, o que denota uma indeterminação na quantidade de serviços abrangidos pela norma, maculando, assim, a certeza da sua natureza exaustiva ao permitir uma interpretação ampla e analógica[5].

O STF se posicionou ainda no sentido de que cada município deve instituir o seu ISS em lei ordinária própria, podendo, inclusive, deixar de prever alguns dos serviços da lei complementar, sem, contudo, poder tributar aquilo que não se encontra nela[6].

Acerca dessa limitação que a lei complementar nacional promove em relação à lei ordinária municipal, José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsen[7] tecem relevantes críticas à invasão da autonomia dos municípios:

Na medida em que os Municípios estejam subordinados ao Congresso Nacional – relativamente à edição de lei complementar definindo (estipulando) os serviços que poderão prever em suas legislações, e promover a respectiva exigibilidade – é evidente que a autonomia fica prejudicada. Os interesses do Congresso Nacional não poderiam sobrepor-se à autonomia municipal, uma vez que os Municípios ficariam impossibilitados de auferir os valores (ISS) necessários ao atendimento de suas necessidades. Não há sentido jurídico no fato de a arrecadação tributária ficar submetida às diretrizes do parlamento, na medida em que as listas sejam mais ou menos abrangentes da gama significativa de serviços.

O segundo ponto a ser destacado é a vedação à isenção heterônoma. Trata-se de um dos princípios de Justiça Federativa, cuja finalidade é proteger a autonomia dos entes federados. Segundo ele, em regra, a competência para conceder a isenção de um tributo é do ente

competente para instituí-lo, ou seja, deve-se manter preservada a autonomia do ente[8].

Excepcionalmente, são permitidas pela Constituição Federal determinadas isenções heterônomas, conforme defende a doutrina majoritária, dentre as quais tem relevo para o tema a possibilidade de a União conceder isenção de ISS nas exportações de serviços para o exterior através de lei complementar[9]. Tal competência já foi exercida e a norma se encontra regulada no art. 2º, I, da LC 116/2003, a saber: “O imposto não incide sobre: I – as exportações de serviços para o exterior do país; [...]”.

Feita essa breve abordagem sobre os aspectos mais importantes do campo material de incidência do ISS, é preciso adentrar na aplicabilidade do imposto especificamente à hipótese do item 15.09 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que trata do arrendamento mercantil ou *leasing*.

## **2.2 Definição e modalidades de *leasing***

A Lei 6.099 de 1974, que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, conceitua tal negócio jurídico como aquele “realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

Doutrinariamente, tem-se um conceito mais simples, em que o arrendamento mercantil, também chamado de *leasing*, é uma espécie de locação que dá ao locatário a possibilidade de comprar o bem alugado ao final do contrato, mediante pagamento do valor residual. Além de comprar o bem alugado, ao arrendatário são asseguradas mais duas opções, quais sejam, renovar ou encerrar o contrato[10].

Embora exista uma certa similaridade, não se deve confundir o contrato de arrendamento mercantil com o de alienação fiduciária em garantia, uma vez que, nesse último caso, há verdadeira

instrumentalização de uma venda. Outrossim, em caso de inadimplemento do devedor e posterior cobrança, as medidas a serem utilizadas são diversas – no *leasing*, reintegração de posse; na alienação fiduciária, busca e apreensão[11].

Como se pode observar do dispositivo legal transcrito, o arrendador deve necessariamente ser uma pessoa jurídica, enquanto o arrendatário pode ser entidade física ou jurídica[12]. Quanto à finalidade essencial dessa pessoa jurídica, tem-se que, nos termos do artigo 1º da Resolução 2.309/1996 do BACEN[13], tais operações de *leasing*

[...] somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras que, nos termos do art. 13 deste Regulamento, estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes.

Ademais, nos termos do artigo 10 da Lei 6.099/74, o objeto do contrato pode ser tanto bens móveis quanto imóveis, nacionais ou estrangeiros. Nesse último caso, deve haver autorização pelo Conselho Monetário Nacional[14].

Compreendido o aspecto conceitual do *leasing*, é imprescindível diferenciar suas modalidades. A primeira delas é o *leasing* financeiro, espécie clássica ou pura em que o arrendador não possui o bem, adquire-o por indicação do arrendatário e posteriormente o aluga a este. Tendo em vista que o arrendador tem um custo inicial alto por não possuir o bem previamente, o comum é que as parcelas do aluguel sejam altas e o valor residual a ser pago na hipótese de compra pelo arrendatário seja baixo[15].

Diferente do financeiro, o *leasing* operacional tem por característica essencial o fato de o arrendador já possuir o bem. Ou seja, não haverá custo inicial para sua aquisição, de forma que o total das parcelas do

aluguel não poderá ultrapassar 75% do valor do objeto do contrato. Por tais motivos, em regra, o valor residual a ser pago na hipótese de compra será alto[16].

Além dessas espécies acima citadas, as quais estão previstas na Resolução 2.309/1996 do BACEN, existe uma terceira modalidade denominada de *lease back* ou *leasing* de retorno. Nesta, quem possui o bem é o próprio arrendatário, que o vende ao arrendador e posteriormente o aluga, podendo readquiri-lo ao final do contrato[17].

Por fim, insta salientar que, com relação ao valor residual garantido (VRG), é possível a sua diluição nas parcelas do aluguel, isto é, uma cobrança antecipada dele. Veja:

ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA CONTRATUAL PARA COMPRA E VENDA À PRESTAÇÃO. LEI 6.099/94, ART. 11, § 1º. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 263/STJ. 1. O pagamento adiantado do Valor Residual Garantido- VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto subsistirem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de leasing para compra e venda à prestação. 2. Como as normas de regência não proibem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes. 3. Afastamento da aplicação da **Súmula 263/STJ**[18]. 4. Embargos de Divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 213828 RS 2001/0067779-5, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 07/05/2003, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ

Antes um tema polêmico, atualmente essa possibilidade encontra-se respaldada pela jurisprudência do STJ - conforme citado acima - que não entendeu pela desfiguração da natureza do contrato de *leasing*.

Feita essa breve abordagem dos conceitos mais relevantes ao tema, agora é necessário adentrar no núcleo do presente artigo - a legitimidade da adequação do *leasing* ao campo de materialidade do ISS.

### 2.3 Incidência do ISS nos contratos de *leasing*

Inicialmente cumpre lembrar que a Lei Complementar 116/2003 prevê expressamente a operação de arrendamento mercantil como fato gerador da obrigação de pagar o ISS[\[20\]](#). Porém, como já mencionado, em linhas gerais, o contrato de arrendamento nada mais é do que uma locação com opção de compra e venda ao final, restando infrutífera, portanto, a tentativa de concebê-lo como um serviço. Sendo este último *conditio sine qua non* para que haja subsunção do fato à norma tributária e, conseqüentemente, incidência do tributo, como enxergar como legítima a escolha do legislador em incluir o *leasing* no rol da lista anexa da Lei Complementar 166/2003?

Ora, Aires Barreto, citado por José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsen[\[21\]](#), aduz que o conceito constitucional de serviço abrange:

- a) Obrigação de fazer (e nenhuma outra);
- b) Serviços submetidos ao regime de direito privado, não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune ao imposto, conforme o art. 150, VI, “a” da Constituição);
  - b.1) que revelem conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados “a si mesmo”, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo);



b.2) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício), por não estar *in commercium*.

Nesse contexto, fica evidente que o enquadramento da operação de *leasing* dentro dessa moldura requer um raciocínio mais delicado. Até porque sobre a locação, um dos elementos que compõem o contrato em comento, a incidência de ISS é inconstitucional, como já foi sumulado de forma vinculante pelo STF: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Segundo a Corte Suprema, no julgamento do RE 116.121/SP, por não consistir em uma obrigação de fazer, a locação de bens móveis não pode ser considerada serviço [22], o que gerou precedentes para diversos casos subsequentes, conforme exemplificado a seguir:

TRIBUTÁRIO. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ILEGALIDADE. PRECEDENTE DO STF NO RE 116.121/SP. 1. O Decreto-lei 406/68 (com a redação dada pela LC 56/87), contemplou, no item 79 da Lista de Serviços anexa, a locação de bens móveis como passível de incidência do ISS. 2. O STF, no julgamento do RE 116. 121-3/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da exigência, restando assentado que a cobrança do ISS sobre locação de bem móvel contraria a Lei Maior e desvirtua institutos de Direito Civil. 3. Segundo o Código Civil, na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição, enquanto que a prestação de serviços envolve diretamente o esforço humano. 4. Recurso especial parcialmente provido para conceder a segurança. (STJ - REsp: 771809 MG 2005/0068439-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON,

Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2008 p. 150)[23].

Considerando que o *leasing* tem como pressuposto uma locação e que esta pode recair tanto sobre bens móveis quanto imóveis, seria correto deduzir que apenas os contratos que envolvessem bens móveis estariam desonerados da tributação?

Não parece ser a conclusão mais acertada, vez que vai de encontro a um dos pilares do direito de tributar do Estado, o princípio da isonomia tributária.

Digressões à parte, até o ano de 2009, permaneceu a discussão acerca da constitucionalidade da Lei Complementar 116/2003 no ponto em que prevê o *leasing*, pelo fato de não se conseguir harmonizar as características de tal contrato com o conceito de serviço. Até que o STF, após vários contribuintes terem pugnado pela inconstitucionalidade, decidiu a celeuma, com repercussão geral[24], posicionando-se pela validade da previsão legal, sob o fundamento de que o contrato de *leasing* possui atributos peculiares, não se amoldando à locação, nem à compra e venda, nem ao financiamento[25].

Sobre o tema, lecionam José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsen que “a pretendida segregação de atividade no leasing constitui deformação jurídica, por se tratar de negócio em que não se pode cogitar de desmembramento das figuras que o integram [...]”[26].

Cabe ressaltar que o posicionamento da Corte Maior só se deu em relação aos casos de *leasing* financeiro, ficando em aberto a contenda sobre as demais modalidades.

No âmbito do STJ, firmou-se entendimento de que, além do ISS[27], incide sobre a operação de arrendamento mercantil também o ICMS[28], relativo à venda do bem arrendado ao arrendatário. Este último apenas de forma parcial, já que depende da opção de compra a ser efetuada pelo arrendatário[29].

O STF, por sua vez, se posicionou pela não incidência do ICMS na importação de bens que estejam regidos por contrato de *leasing*. Veja:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. 4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado. (STF - RE: 461968 SP, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 30/05/2007).

Diante do exposto, pode-se afirmar que o *leasing* financeiro é um contrato autônomo cujo núcleo é o financiamento (e não a locação), e este foi considerado como serviço pelo STF, sendo legítima, portanto, a sua tributação pelo ISS<sup>[30]</sup>.

### 3 CONCLUSÃO

Como se sabe, as normas jurídicas nascem da necessidade social de regulamentar determinada conduta e/ou resolver certo conflito, de modo que uma alteração nas relações sociais e interpessoais torna imprescindível uma reciclagem no campo do Direito. Nesse sentido, o papel do intérprete das normas se tornou tão essencial quanto o do próprio legislador, de modo que nos últimos anos o ordenamento jurídico brasileiro tem dado amplo espaço aos precedentes jurisprudenciais na pacificação dos conflitos sociais.

Com isso, quer-se chegar à conclusão de que hoje, embora remanesçam discussões doutrinárias, prevalece a constitucionalidade da cobrança de ISS nas operações de *leasing*, entendimento este que fomenta a arrecadação pela Fazenda Pública para o próprio custeio da máquina estatal. No entanto, esta não é uma regra imutável. Ao contrário, está sujeita às mudanças fáticas e, conseqüentemente, às mutações jurídicas, podendo algum dia se inverter para beneficiar o contribuinte.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

NOTAS:

[1] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. Impostos federais, estaduais e municipais. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 361-362.

[2] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário esquematizado. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 631.

[3] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 361.

[4] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 362.

[5] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 312.

[6] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 312.

[7] MELO; José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 365-366.

[8] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 133.

[9] ALEXANDRE, Ricardo; op. cit.; p. 634.

[10] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 591.

[11] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 594.

[12] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 593.

[13] Disponível em: . Acesso em: 28/01/2016.

[14] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 593.

[15] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 593.

[16] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 593.

[17] RAMOS, André Luiz Santa Cruz; op. cit.; p. 594.

[18] Súmula 263, STJ: a cobrança antecipada do valor residual descaracteriza o contrato de leasing, transformando-o em compra e venda a prestação

[19] Disponível em: . Acesso em: 28/01/2016.

[20] 15.09 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing).

[21] MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 363.

[22] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 316.

[23] Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3319/recurso-especial-resp-771809>>. Acesso em: 28/01/2016.

[24] RE 547.245/SC, rel. Min. Eros Grau. 02.12.2009; RE 592.905/SC, rel. Min. Eros Grau. 02.12.2009.

[25] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 315.

[26] MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 374.

[27] Súmula 138, STJ: O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

[28] LC 87/1996, Art. 3º: O imposto não incide sobre: [...] VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário.

[29] MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro; op. cit.; p. 374.

[30] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO; Vicente; op. cit.; p. 315.

## A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO PRISIONAL NA RECUPERAÇÃO NO MERCOSUL, UNIDADE PRISIONAL DE BOM JESUS, ESTADO DO PIAUÍ, BRASIL

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** O tratamento reeducativo é o termo técnico usado no Direito Penitenciário, na Criminologia Clínica e na Legislação Positiva da ONU. Segundo a concepção científica, o condenado é a base do tratamento reeducativo e nele observa-se: sua personalidade, através de exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico; e um estudo social do caso, mediante uma visão interdisciplinar e com a aplicação dos métodos da Criminologia Clínica. É ponto de união entre o Direito Penal e a Criminologia. Com efeito, o tratamento compreende um conjunto de medidas sociológicas, penais, educativas, psicológicas, e métodos científicos que são utilizados numa ação compreendida junto ao delinquente, com o objetivo de tentar modelar a sua personalidade para preparar a sua reinserção social e prevenir a reincidência.

Palavras-chaves: Educação Prisional. Mercosul. Recuperação de Detentos.

### 1 INTRODUÇÃO

A prisão surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o objetivo de servir como peça de punição. A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. Foucault (1987) diz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, “melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 1987, p. 196).

O crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a despeito dos esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas delas, é por seu turno um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo. Pesquisas recentes estimam, por exemplo, que mais de 60% (sessenta por cento) da população prisional seja composta por reincidentes (talvez não no sentido técnico-jurídico do termo, mas no sentido de que saíram do sistema e a ele vieram a retornar, em situação de reinclusão), o que aponta, dentre outras coisas, para o papel absolutamente deficitário que vem sendo desempenhado pelo assim chamado tratamento penal, nas unidades prisionais do país. É bem verdade que entre a superlotação de estabelecimentos penitenciários e a qualidade desses serviços subsiste uma relação de mútua implicação. Mas ainda assim, restam ainda outros fatores que devem ser trabalhados junto à gestão dos sistemas penitenciários estaduais, como estratégias para torná-los melhores.

O nível educacional geralmente baixo das pessoas que entram no sistema carcerário reduz seus atrativos para o mercado de trabalho. Isso sugere que programas educacionais pode ser um caminho importante para preparar os detentos para um retorno bem-sucedido à sociedade. Reconhecendo essa possibilidade, a LEP determina que os detentos recebam oportunidades de estudo, garantindo-lhes, em especial, educação escolar primária. A lei também promete aos detentos treinamento vocacional e profissional.

A educação no sistema penitenciário é iniciada a partir da década de 1950. Até o princípio do Século XIX, a prisão era utilizada unicamente como um local de contenção de pessoas – uma detenção. Não havia proposta de requalificar os presos. Esta proposta veio a surgir somente quando se desenvolveu dentro das prisões os programas de tratamento. Antes disso, não havia qualquer forma de trabalho, ensino religioso ou laico.

## **2 DESENVOLVIMENTO**



## 2.1 A FALTA DE ACESSO À EDUCAÇÃO

Uma antiga máxima popular diz que “*mente vazia é a oficina do diabo*”. Este provérbio não poderia ser mais adequado quando se trata da vida carcerária. O indivíduo privado de sua liberdade e que não encontra ocupação, entra num estado mental onde sua única perspectiva é fugir. O homem nasceu para ser livre, não faz parte de sua natureza permanecer enjaulado. Algumas raríssimas cadeias ainda oferecem certas condições que superam a qualidade de vida do preso se estivesse do lado de fora. Ainda assim, o sentimento de liberdade sempre é maior e mesmo estas cadeias acabam vivenciando rebeliões de fuga. Preso que não ocupa seu dia, principalmente sua mente, é um maquinador de ideias, a maioria delas, ruins. O presídio é um sistema fechado onde o encarcerado é obrigado a conviver, permanentemente, com outros indivíduos, alguns de índole igual, melhor ou pior. Nem sempre há cordialidade e animosidade é algo comum, gerando um eterno clima de medo e preocupação constantes, pois o preso nunca sabe se “o seu dia vai chegar”. Grande parte desta angústia vivida pelo presidiário advém da falta de ocupação, de uma atividade que ocupe seu tempo, distraia sua atenção e que o motive a esperar um amanhã melhor. A ideia de todo presidiário é que sua vida acabou dentro das paredes da cadeia e que não lhe resta mais nada. Amparo psicológico é fundamental, pois nenhum ser humano vive sem motivação. Presídio sem ocupação se torna uma escola “às avessas”: uma formadora de criminosos mais perigosos.

Por não ter um estudo ou ocupação, conseqüentemente, carecer de um senso moral que a vida pré-egressa não conseguiu lhe transmitir, a personalidade do preso passa a sofrer um desajuste ainda maior. Sua única saída é relacionar-se com os demais presos e intercambiar com ele suas aspirações, valores e visões de mundo, quase sempre distorcidas. Passa a adquirir novos hábitos, que antes não tinha, enfim transforma-se num indivíduo pior do que quando entrou. Além disso, distúrbios psicológicos que já possuía antes de vir para o presídio se agravam, justamente por se ver inserido num novo contexto social, repleto de hostilidades e desrespeito.

A grande maioria dos indivíduos presos não tiveram melhores oportunidades ao longo de suas vidas, principalmente a chance de estudar para garantir um futuro melhor. Nesse sentido, o tempo que despenderá atrás das grades pode e deve ser utilizado para lhe garantir estas oportunidades que nunca teve, por meio de estudo e, paralelamente, de trabalho profissionalizante. Além de ajeitar as celas, lavar corredores, limpar banheiros etc., os detentos precisam ter a chance de demonstrarem valores que, muitas vezes, encontram-se obscurecidos pelo estigma do crime. Existem casos de detentos que demonstram dotes artísticos, muitos deles se revelando excelentes pintores de quadros e painéis de parede, além de habilidades com esculturas, montagens, modelagens, marcenaria etc. Também, decoram as celas de acordo com sua criatividade e sua personalidade. Estas artes devem ser incentivadas, pois é uma forma de ocupar o preso, distraíndo-o e aumentando sua autoestima. É a chance de mostrar a ele de que existe a esperança de um amanhã melhor além das grades que o separam do mundo exterior.

A visão à cerca do criminoso é que, a partir do delito ele se torna um indivíduo à parte na sociedade, e que seu isolamento dentro de uma prisão significa a perda de toda a sua dignidade humana devendo, por isso, ser esquecido enquanto pessoa humana, e ignora-se que os direitos humanos valem para todos, sejam criminosos ou não. Infelizmente, no Brasil, a vida de pessoas pobres ou criminosos tem menos valor.

As escolas prisionais brasileiras não possuem vagas suficientes para atender à procura por educação e os detentos que frequentam os cursos têm um ensino desvinculado da proposta de ressocialização do sistema penal. A oferta de ensino fundamental e médio em penitenciárias brasileiras é, de modo geral, limitada.

Segundo dados do Ministério da Justiça, o Brasil tem hoje cerca de 360 mil presos, dos quais 70% não completaram o ensino fundamental e mais de 10% são analfabetos. Embora a Lei de Execução Penal garanta ao preso o direito à educação, apenas 18% da população carcerária brasileira desenvolve alguma atividade educativa durante o cumprimento da pena. As estatísticas relacionadas aos presos que trabalham também são desanimadoras: 70% deles vivem na mais absoluta ociosidade.

Apesar da ênfase que teoricamente se dá a ressocialização, não consta do currículo escolar adotado nas cadeias uma matéria específica, destinada a atingir esse objetivo. Não existe algo curricular exclusivo para a situação; o conteúdo das disciplinas ministradas é o mesmo adotado nas escolas regulares.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 no artigo 205 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 9394/96 no artigo 2º garantem a educação como um direito de todo cidadão e um dever do Estado. No entanto, os efeitos excludentes das políticas econômicas, causam déficits educacionais e culturais, como podem ser contemplados no censo 2007 onde estão registrados percentuais elevados de jovens e adultos analfabetos liberais e funcionais, bem como, a não conclusão do Ensino Fundamental, o Ensino Médio e muito menos a Educação Superior.

## **2. 2 A EDUCAÇÃO PRISIONAL NA EUROPA**

A inserção da educação no sistema prisional surge na França e na América do Norte, previam em suas propostas administrativas a disposição de instrutor/professor aos internos das maiores penitenciárias do país. Os *Quackers*, grupo religioso que organizaram as primeiras penitenciárias nos Estados Unidos, final do século XVIII, tinham como meta alfabetizar os internos para que pudessem ler a bíblia e, portanto, participar dos cultos religiosos, obrigatórios naquelas instituições penais. A religião, a leitura da bíblia e a participação nos cultos religiosos eram obrigatórias nas penitenciárias americanas.

No artigo “Estratégias sociais e educação prisional na Europa: visão de conjunto e reflexões” do Professor HUGO RANGEL, da Universidade de Quebec e Montreal, Canadá, ele expõe a educação prisional na Europa.

Na Europa, numerosos países aprovaram leis que garantem o direito dos presos à educação. Essas normas legais apresentam geralmente muita semelhança, embora, principalmente nos países do Leste europeu, observe-se uma distância considerável entre o que prescrevem as leis e a vida cotidiana nas prisões. Países como a Bulgária, por exemplo, adotam sistemas rígidos, altamente normativos. Em todos os países, nota-se o

crescimento significativo do número de detentos, o que acarreta incontáveis problemas no que tange à aplicação das normas. Além disso, poucos são os recursos destinados a atender às demandas de educação dos presos.

Como mencionou MacDonald (2003), os países da Europa do Leste dão pouquíssima importância às prisões; seus responsáveis políticos concentram esforços em apenas alguns padrões, visando à adesão do seu país à Comunidade Europeia, mas as políticas penitenciárias não mudaram na essência e as condições dos detentos continuam precárias. Seria necessário, então, pensar em estratégias globais capazes de traduzir as leis e os regulamentos em práticas e em programas. Uma visão de conjunto da educação nas prisões europeias permite identificar várias problemáticas na realidade muito complexa e diversificada da vida carcerária. Essa complexidade obriga-nos a ser vigilantes, a fim de não cairmos na formulação de generalizações.

Nesse sentido, é preciso levar em consideração as diversas dimensões das práticas educativas que estão ou deveriam estar sendo desenvolvidas na prisão, situando suas exigências específicas numa visão mais ampla dos sistemas de justiça e de administração dos programas educativos. A complexidade do meio carcerário, sua natureza multidimensional, a importância dos contextos socioeconômicos e o espírito crítico com o qual devem ser abordadas as práticas educativas permitem-nos afirmar que o discurso das *best practices*, muito em moda nos meios penitenciários, é incompatível com a realidade da educação prisional. Esse discurso comporta riscos, pois veicula uma ingenuidade a crítica que negligencia os contextos e os problemas sistêmicos. Um olhar comparativo sobre a educação prisional na Europa obriga-nos a afirmar que não existem fórmulas ou modelos a serem seguidos. Daí decorre a importância de valorizar as práticas educativas numa perspectiva geral. Uma das constatações da pesquisa realizada é que boa parte do “sucesso” de certos programas educativos depende da implementação simultânea de diferentes estratégias, tanto no plano da administração judiciária como no acompanhamento dos detentos após sua liberação. O “sucesso” dos programas educativos adotados nas prisões pelos países escandinavos pode, a nosso ver, ser explicado a partir dessa leitura e, é claro, de

programas sociais que seguem uma estratégia social e comunitária fora da prisão.

Organizando-se serviços e ficando-se atento à população de risco, tem-se a melhora das condições de vida e evita-se a repetição do círculo (infernus) prisão-marginalidade-recidiva. Um modo de melhorar a educação nas prisões é trabalhar também fora dos muros, no âmbito comunitário. Saliento que as administrações dos países escandinavos têm como preocupação a formação dos detentos para a autonomia, inclusive nos atos da vida cotidiana. Essa dimensão educativa, por dirigir-se a pessoas frequentemente dependentes, deveria ser generalizada e fundamentar os programas educativos. Se o objetivo é que os detentos possam superar sua condição, não se deve habituá-los à vida carcerária (a serviços de cozinha e de limpeza, por exemplo). Poder apresentar uma gestão eficaz das prisões e dedicar atenção aos detentos depende também do nível de estabilidade da população carcerária. A Europa beneficiou-se, nos últimos tempos, de uma estabilidade em suas taxas de encarceramento. Mas, como já foi mencionada, essa situação está mudando: a Alemanha, a Inglaterra, os Países Baixos e, particularmente, a Espanha tiveram taxas de crescimento importantes das suas populações carcerárias ao longo destes últimos anos. A Espanha duplicou sua população carcerária desde 1990, e atualmente a taxa de detentos por 100 mil habitantes é de 146, a mais alta da Europa. A superpopulação, como se sabe, provoca numerosos problemas e acentua os que já existem. Frequentemente, e cada vez mais se acentuando, as políticas de encarceramento estão ligadas a uma visão punitiva e securitária, produzindo mais problemas do que soluções. Nessa situação, a educação fica em segundo plano, sendo muitas vezes cortada ou reduzida nas prisões superpovoadas.

Quase todos os países que têm leis ou regulamentos prevendo e garantindo o direito à educação na prisão aceitam geralmente que esses direitos sejam implementados por organizações não-governamentais. Todavia, verifica-se com excessiva freqüência que tais iniciativas se limitam a uma visão da educação como intervenção terapêutica ou de reabilitação ou, pior ainda, a um tratamento especial para os detentos. É muito raro constatar que as autoridades nacionais consideram a educação

prisonal um direito universal, embora essa opção lhes pudesse conferir uma legitimidade internacional e reforçar a coesão nacional.

Essa ausência de estratégias nacionais no que se refere à educação prisional foi identificada com frequência na pesquisa. Conclusões similares foram enunciadas por comissões parlamentares, tanto na Inglaterra como na França, salientando a ausência de coordenação das políticas e das instituições governamentais no desenvolvimento de estratégias para a educação prisional e assinalando a impossibilidade, muitas vezes, de identificar responsáveis públicos. Volta e meia, reina certa confusão quando se trata de designar o organismo responsável pela educação prisional: o ministério da justiça ou o da educação, ou organismos de formação para ao trabalho etc.

Essa confusão é produto ou expressão de uma falta de vontade política? Os centros penitenciários ficam enredados nessa indefinição institucional. Eles administram as urgências com um financiamento insuficiente e, na falta de interlocutor público, veem-se empurrados para a improvisação.

### **2.3 A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO MERCOSUL**

Rege a Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

Estes Tratados, Pactos e Convenções fazem parte dos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados, e são fontes soberanas de direito público, de plena e irrestrita vigência interna.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, são autoaplicáveis. Desta forma, os direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo governo brasileiro e constante nos tratados internacionais (Constituição da República Federativa do Brasil, parágrafos 1º e 2º, art. 5º CF).

Nesse sentido, a Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 60, prescreve como obrigação "erga omnes" que não se podem usar subterfúgios e invocações do direito interno para justificar o não-cumprimento de um Tratado aderido, nem a Constituição pode contradizer norma de Direito Público humanitário, vez que possui caráter imperativo ("ius cogens") e não simples disposição.

Os Estados devem fazer valer a salvaguarda dos interesses comuns superiores protegidos pelas Convenções, para não afetar o seu próprio grau de validade hierárquica, sob forma de restrição ou de rebaixamento, mas sim, para aumentar os mecanismos de supervisão e respeito a um tratamento humano mínimo (ver Cançado Trindade, Antonio Augusto; in Direito Internacional Humanitário, IPRI, Brasília - 1989).

Dentre os Direitos Humanos dos presos, por exemplo, dispõe a Lei de Execução Penal brasileira (art. 1º e 10) que a sentença ou decisão criminal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do interno, e que a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, é dever do Estado, para prevenir o crime e orientar o retorno à convivência do apenado em sociedade. Teoria do "res", segundo E.Raúl Zaffaroni, como justificativa ao encarceramento humano e restrição ao "ius libertatis".

"Nenhuma pessoa submetida a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida à tortura ou a tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Não se poderá invocar circunstância alguma como justificação da tortura ou de outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes", estatui o princípio (6) do Projeto de Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão da ONU (Resolução n. 43/173).

A expressão "tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes" deve ser interpretada de maneira que abarque a mais ampla proteção possível contra todo tipo de abuso, sejam físicos ou mentais, incluído o de manter o preso ou detento em condições que o privem temporária ou permanentemente do uso de um de seus sentidos, como a visão ou a audição, ou de sua idéia de lugar ou do transcurso de tempo. (in La

Revista, Por el Imperio del Derecho, da Comisión Internacional de Juristas, n. 42, Junio 1989).

O contido no artigo 1º Convenção Contra a Tortura da ONU, e dispositivo 2º da Convenção da OEA, rezam que "as dores e os sofrimentos por consequência de sanções legítimas ou "medidas legais", não estão compreendidos no conceito de tortura". Obviamente que devemos interpretar no sentido de que, desde não afetarem os princípios humanitários básicos. De outro lado, a execução da pena privativa de liberdade deve observar as Regras Mínimas das Nações Unidas para os detentos, do contrário pode caracterizar a prisão, na prática, pena infamante, cruel e desumana, visto que atenta contra a dignidade da pessoa encarcerada, ferindo inclusive os princípios elementares de justiça de um Estado Democrático de Direito.

Não devemos admitir e legitimar nenhuma das condições degradantes que estão sujeitos todos os presos, a prisão por si só causa dores, sofrimentos físicos e psicológicos nefastos e irreparáveis ao ser humano que o Estado pretende recuperar, ressocializar, reintegrar, reeducar ou readaptar.

Contradições desta ordem e deste nível de desrespeito jurídico e legal não podem existir e ser admitidos pelos Documentos de Direitos Humanos; pois, sem exceção alguma, visam a prevenção e a repressão das violações fundamentais inerentes ao direito de viver com dignidade, seja "intra" ou "extra" "murus".

É público e notório que a maioria, ou quase a totalidade, dos estabelecimentos prisionais da América Latina e do Brasil, efetivamente, tem transformado o cumprimento da pena privativa de liberdade, em sanção cruel e desumana. Ainda que esteja expresso em documento internacional que "nenhum funcionário encarregado de fazer cumprir a lei poderá infringir, instigar ou tolerar nenhum ato de tortura ou outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes", reza o artigo 5º do Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (Adotado pela Assembleia Geral da ONU em 17-12-79 - Resolução n. 34/169).



Segundo a doutrina especializada, a expressão "funcionários encarregados de fazer cumprir a lei" inclui todos os agentes, nomeados ou eleitos, que exercem funções de polícia, com faculdades de arresto ou detenção, incluem-se, a nosso ver, também as autoridades judiciárias, magistrados que determinam a prisão e membros do Ministério Público que requerem a condenação à pena privativa de liberdade ou que postulam a prisão provisória.

Em geral, sabemos que a pena privativa de liberdade teve sua origem na revolução industrial e que seu objetivo foi e é eminentemente utilitário, ainda que o discurso ideológico tenha sido humanitário. Para isso, se faz indispensável o respeito a norma com rigidez em nome do princípio da legalidade.

Seria muito conveniente pensar em algum controle internacional para verificar o grau de cumprimento e de descumprimento das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento do Recluso, afirma o prof. Eugênio Raul Zaffaroni, acrescentando: "As condições de alojamento das pessoas privadas da liberdade devem ser vigiadas judicialmente. A indiferença judicial nesta matéria é notável no continente latino-americano. É preciso ações e recursos de habeas corpus e similares para amparar as condições de alojamento higiênico e digno. A via mais prática para quebrar a indiferença judicial é responsabilizar em forma pessoal - inclusive penal - os juízes por negligência na vigilância de tais condições. Isto geraria, sem dúvida, conflitos com o Poder Executivo e se alegaria a carência da infraestrutura para cumprir as "Regras Mínimas" das Nações Unidas. A solução mais prática e adequada aos Direitos Humanos, ante tal conflito, é impor aos juízes o dever de interditar os estabelecimentos inadequados e de dispor a imediata liberdade qualquer pessoa privada de liberdade em condições que não satisfaçam os requisitos mínimos de segurança e higiene. O Poder Judiciário deve regular com extrema severidade a privação da liberdade quando exista um número de pessoas maior do que o indicado nas condições mínimas de alojamento digno disponível (capacidade conforme a planta arquitetônica).

O processo institucional de prisionalização gera fatores negativos, e estes são originários da: superpopulação; ociosidade; insalubridade e

promiscuidade pela falta das mínimas condições de vida com dignidade e precariedade das instalações físicas. A violência física (sexual) e psíquica que estão sujeitos os detentos, a corrupção entre agentes penitenciários e grupos de internos, e muitas outras mazelas são produzidas dentro dos ergástulos públicos (ver CPs do Sistema Penitenciário da Câmara dos Deputados Federais do Brasil, de 1975 e 1993).

Define a Regra 31 da ONU para Tratamento dos Reclusos, sobre disciplina e sanções: "As penas corporais, encerramento em cela escura, assim como toda sanção cruel, desumana ou degradante são completamente proibidas como sanções disciplinares". Se há previsão legal proibitiva de sanção disciplinar nestas condições, muito mais óbvio e evidente que o Poder Judiciário não pode admitir a execução da pena privativa de liberdade quando caracterize na prática sanção cruel, desumana e degradante.

Sabemos que os maus-tratos carcerários resultam do "modus vivendi" oferecido pelo Estado aos condenados à pena privativa de liberdade, que impera a "lei do mais forte" ou as sobrevivências no interior dos estabelecimentos penais.

A regra geral do direito penal democrático é interpretar a lei restritivamente, e quando necessária a ampliação, esta maneira somente é autorizada juridicamente quando for em benefício ou a favor do réu ou do apenado. O artigo 3º do Código de Processo Penal, reforça este critério doutrinário, quando estabelece que são permitidas a aplicação dos princípios gerais do direito.

Na legislação brasileira (lei n. 4.898/65) o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, considerando-se crime todo atentado "à incolumidade física do indivíduo" (art. 3, "i"); "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei" (art. 4, "b"); em reforço a norma ordinária a Carta Magna assegura a concessão de mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo..., quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública (inciso LXIX, art. 5º CF).

A título de estudo e de informação do direito positivo das Nações Unidas (Assembleia Geral em Resolução n. 40/43, de 29 de novembro de 1985), lembramos a recomendação do Sexto Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Milão - Itália), para a continuidade do trabalho de elaboração das diretrizes e normas para as vítimas do delito de abuso de poder, solicitando a cooperação de organismos governamentais e não governamentais.

São consideradas "vítimas de abuso de poder" as pessoas que, individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que não cheguem a constituir violações do direito penal nacional, mas violem normas internacionais reconhecidas e relativas aos Direitos Humanos (item 18, letra B, da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder).

Assim, a decisão emanada do Poder Judiciário que fundamentar e aplicar os princípios de direito, supra referidos, estará dentro da mais cristalina legalidade e prestando a mais pura medida de Justiça; "in contrarium sensu", concretizar-se-á uma gritante e brutal inobservância aos Direitos Humanos e aos princípios reitores do regime penal democrático, com flagrante abuso de autoridade passível de responsabilidade, desde a pena administrativa de advertência até a de demissão a bem do serviço público, sem prejuízos da aplicação da sanção civil de indenização e da própria detenção.

O modelo do "homem enfermo", frente ao do "homem normal", é ainda mais torturante e desumano, vez que o Estado não possui pessoal especializado e muito menos estabelecimentos destinados a esta espécie de serviço médico-psiquiátrico. E a possibilidade de defesa é muito mais difícil, pois, os exames "médicos-criminológicos" são estigmatizante e marginalizam eternamente o paciente. São raros os que conseguem um parecer favorável quanto a cura de sua "personalidade criminosa".

Culpabilidade de Autor versus culpabilidade de Ato, onde os réus possuidores de boa ou regular condição financeira são autorizados a

frequentar clínicas particulares, já os vulneráveis (pobres) do sistema de administração de justiça penal são internados nos chamados Manicômios Judiciários, com total falta de infraestrutura, sofrendo diariamente maus-tratos, pela dupla condição de prisioneiro e de enfermo mental.

Sempre em debate no âmbito dos Direitos Humanos, são colocadas em dúvidas as questões como: choques elétricos e insulínicos, condicionamentos de reflexos inibitórios e, determinados tratamentos para modificar a conduta.

Os princípios básicos de ética médica aplicável à função do pessoal de saúde, especialmente os médicos na proteção de pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes expressos na Resolução n. 37/194, de 18.12.82, das Nações Unidas, em reconhecimento a Resolução 31-85 de 13 de dezembro de 1976 da Organização Mundial da Saúde, estão sendo violados corriqueiramente pelo Estado e sua administração penitenciária.

À luz dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, de aceitação universal e aderido pelo governo da República Federativa do Brasil, destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948/ONU); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966/ONU); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969 / OEA); Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Reclusos (1955/57/77); Normas para a aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU/1984); Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (ONU/1990); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão (ONU/1988); e Regras Mínimas do Preso no Brasil (Ministério da Justiça/1994).

É de se ressaltar que na prática nenhum dos Documentos internacionais, muito menos a Constituição federal e a legislação ordinária positiva (Lei de Execução Penal) não estão cumpridas e respeitadas, dentro da obrigatoriedade dos princípios basilares do Estado de Direito, impõem-se às autoridades competentes e diretamente ligadas a questão prisional do país, seja na esfera do Poder Executivo (encarregadas do

gerenciamento do sistema penitenciário), como na alçada do Poder Judiciário (competentes para a execução de medidas privativas de liberdade), responsabilidade criminal, em decorrência da inércia e/ou da prevaricação de atos de ofício que deveriam tomar e não o fizeram em tempo oportuno, conforme prevê o Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40).

Os artigos 1º e 10 da Lei n.º 7.210/84, estabelecem que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou da lei.

Carecem os detentos (provisórios e definitivos) do direito à assistência material, ou seja: de alimentação suficiente, vestuário, de atividades laborais (inclusive quanto à remuneração, previdência social e pecúlio, e direito de remição), intelectuais, artísticas e desportivas, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Se a educação pode ajudar a reinserir um preso na sociedade, o Brasil está bem longe dessa meta. O sistema prisional brasileiro abriga 371.400 presos, de acordo com dados preliminares de 2006 do Ministério da Justiça. E menos de 10% dos presos - 34 mil - completaram o ensino fundamental. Pior: cerca de 18 mil são analfabetos.

A Lei tem número, 7.210, é de 1984, se chama Lei de Execução Penal e é bem clara: determina a oferta do ensino fundamental e a formação profissional nas cadeias. Mas há uma enorme distância entre o que está escrito e o que realmente acontece dentro das prisões.

O último relatório sobre escolaridade de presidiários, de 2003, faz a lista das maiores barreiras ao ensino nas cadeias brasileiras. Começa pela falta de espaço adequado, segue pela carência de professores e agentes penitenciários e, finalmente, reflete a ausência de um sistema de ensino nacional, vinculado à educação de jovens e adultos.

No Brasil, o MEC e o MJ trabalham juntos desde 2005 para criar uma política pública de educação prisional, com diretrizes nacionais. “Na

maioria dos estados, existe educação nas prisões, mas de forma aleatória. Faltam vagas para os alunos interessados em estudar, nem sempre há todos os níveis. Há turmas de alfabetização e ensino fundamental, mas há alunos que gostariam de fazer o ensino médio também”, diz Timothy Ireland. Ele conta que muitos presídios não dispõem sequer de espaço físico que comporte salas de aula. “Já vi até um corredor adaptado. A primeira parte era para turmas de alfabetização, a do meio para ensino fundamental e o fundo, para ensino médio. Tudo muito precário.”

O diretor do MEC destacou as iniciativas argentinas, que desde 2003 tem uma política pública de educação prisional, segundo ele. “A forma de encarar a questão na Argentina é diferente dos demais países. Em vários, o assunto ainda não constitui uma política pública. Às vezes, *[as ações]* nem mesmo são feitas pelos governos, mas por ONGs.”

A educação deve ser vista como um direito, não para a reintegração. Claro que isso é muito importante, mas se a reintegração for impossível, a educação continua a ser um direito. Não devemos instrumentalizar a educação unicamente para um papel social ou do tipo político-social. A educação pode ser uma solução se for uma educação ao longo da vida, não apenas do tipo profissional ou a reeducação. É para muitos presos a primeira oportunidade de compreender sua história e de tratar de desenvolver seu próprio projeto de vida.

A noção de educação prisional como direito está no auge das discussões em todo o mundo. Em novembro de 2006, por exemplo, o Brasil acolheu, em Belo Horizonte, as discussões do Fórum Educacional do Mercosul, que tinha como um dos núcleos de debates o Seminário de Educação Prisional, que recebeu autoridades neste assunto de toda a América Latina e Europa e de entidades ligadas à educação e direitos humanos. O objetivo era criar uma rede latino-americana de discussões, que colocasse na pauta dos governos de cada país a educação prisional como direito inalienável de todos e as possíveis soluções para tornar essa educação mais proveitosa.

Os especialistas em educação prisional defendem que a escola deve ser um direito mesmo que o detento não seja reintegrado ou reintegrável à sociedade.

No Paraguai segundo dados do Ministério da Justiça e Trabalho nas 15 (quinze) penitenciárias do país o número de presos são 5.889 dados estes de 12 de dezembro de 2008.

Em muitos países, a remição já é lei há décadas. “Por trás da remição, está o conceito de prisão, que ou tem uma perspectiva de punição ou uma visão de ressocialização. Nós a vemos como forma de reintegrar à sociedade, por isso a educação pode acelerar esse processo de soltura do condenado”, diz Hernando Lambuley, chefe da divisão de desenvolvimento social do Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia. Na Colômbia, a cada cinco dias de aula, um a menos de pena a cumprir.

No Equador, a conta é sete dias de estudo igual a um de pena cumprida. No entanto, a remição não vale para assassinos e narcotraficantes. “Estes não têm esse direito em função da gravidade do delito”, explica Eduardo Chilibingua, coordenador-geral do Ministério da Educação e Cultura do Equador.

A educação nas prisões acaba de ser incorporada na nova Lei Nacional de Educação Argentina. Lá, o estudo funciona apenas como sinônimo de bom comportamento, mas não há equivalência estabelecida de dias estudados em troca de pena cumprida. “O estudo é valorado como boa conduta, como alguém que está interessado em mudar de rumo na vida”, diz Stella.

## **2.4 O SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO PIAUÍ**

A Secretaria da Justiça do Estado do Piauí foi criada pela Lei nº. 3.869, de 13 de maio de 1983.

O artigo 75 da citada Lei destinou-se a criação da Secretaria da Justiça, órgão integrante da Administração Direta do Estado, com a finalidade de executar a política do governo relacionada com a ordem Jurídica, preservação do regime, o estudo dos assuntos concernentes à cidadania, garantias constitucionais, tratamento de presos, assistência

jurídica e livre exercício dos poderes constituídos, com jurisdição em todo território do Estado.

Competindo-lhe coordenar os assuntos relacionados com o funcionamento das instituições, com a ordem jurídica e a assistência judiciária do Estado; administrar o sistema penitenciário do Estado e promover a implantação de métodos e técnicas modernas nos serviços prisionais; velar pela proteção dos direitos humanos, em colaboração com os órgãos federais competentes e em coordenação com a Secretaria de Segurança do Estado; organizar e manter o cadastro de provimento e vacância dos ofícios e serventias da Justiça; preparar os atos necessários ao provimento dos cargos da Magistratura, do Ministério Público e serventuários da Justiça; exercer outras atribuições correlatas e que se enquadrem no âmbito de suas atribuições.

Naquele período a Defensoria Pública estava ligada a Secretaria de Justiça que era dirigida por um coordenador indicado pelo Secretário de Justiça, e nomeado em comissão pelo Governador do Estado e como órgão colegiado, apenas o Conselho Penitenciário fazia parte da estrutura básica da Secretaria.

Ainda, pela Lei-Delegada nº. 158, de 16 de junho de 1982, as atribuições conferidas à Procuradoria Geral da Justiça passaram para competência da Secretaria de Justiça, onde dispõe sobre a organização da Assistência Judiciária do Estado.

Em 08 de agosto de 1983, pelo Decreto nº 5.504, foi aprovado o Regulamento da Secretaria de Justiça.

Nova reforma administrativa entra em vigor com a Lei nº 4.382, de 27 de março de 1991 e, a Secretaria de Justiça recebe nova denominação: “Secretaria da Justiça e da Cidadania” – com finalidade de executar a política do Governo relacionada com a ordem jurídica, os assuntos concernentes à cidadania, garantias constitucionais, o sistema penitenciário do Estado, as técnicas modernas dos serviços prisionais e a proteção dos direitos humanos. Com nova estrutura, incluindo mais dois órgãos colegiados: o Conselho Estadual de Entorpecentes e o Conselho de Defesa dos Direitos da Mulher.



No ano de 2003, o Governador do Estado, Wellington Dias encaminhou para a Assembleia Legislativa, mensagem com Indicativo de Projeto de Lei Complementar, propondo a Reforma Administrativa do Estado, obtendo aprovação em quase sua totalidade, implementando assim, a Lei Complementar nº. 028, de 09 de junho de 2003, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Administração Pública do Estado do Piauí e dá outras providências.

A Secretaria da Justiça foi transformada em Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos, com a finalidade de promover, manter, executar e acompanhar a política de Governo relacionada com a cidadania, o sistema penitenciário, os serviços prisionais e a proteção dos direitos humanos, competindo-lhe administrar o sistema penitenciário do Estado, desenvolvendo programas de ressocialização dos presos, com a participação da sociedade; promover a modernização do sistema penitenciário com implantação de políticas disciplinares, com vistas à segurança e à ordem dos presídios; elaborar e executar serviços, programas e projetos de proteção especial às vítimas e testemunhas de crimes; executar política do Governo relacionada à cidadania e aos direitos humanos; zelar pela proteção dos direitos humanos, colaborando com órgãos públicos e entidades não governamentais que se dediquem a igual objetivo ou que tenham por escopo a defesa e o desenvolvimento da cidadania. A nova reforma melhorou a estrutura básica da Secretaria, incluiu mais dois órgãos colegiados: o Conselho Estadual de Direitos Humanos e o Conselho da Comunidade, além de adequar toda administração prisional às determinações da Lei de Execução Penal, colocando, assim, a Secretaria dentro das atuais normas legais.

## **2.5 EDUCAÇÃO E TRABALHO**

A Lei de Execução Penal (Lei Federal nº. 7.210/84) estabelece que a assistência educacional compreende instrução escolar e formação profissional, mas na prática verifica-se distorção do significado dessas ações. Na prisão, o trabalho, qualquer que seja sua tradução em atividades, é considerado educativo; a educação escolar, por sua vez, não é considerada trabalho intelectual.

A oposição entre educação e trabalho é reforçada pela existência de mecanismos de incentivo ao trabalho, como a remição da pena, enquanto freqüentar a escola constitui-se num desafio contra o cansaço, a falta de recursos pedagógicos e outros obstáculos já apontados.

O baixo índice de freqüência da população encarcerada às escolas na prisão deve-se à falta de estímulo e condições, e não à falta de interesse dos educandos.

Nesse sentido, a remição da pena pelo estudo, reivindicada por organizações da sociedade civil, poderia ser um importante fator de motivação. Sobre o tema tramita no Congresso Nacional o PL 6254/05, do deputado João Campos (PSDB-GO) e o PL 4230/04, do deputado Pompeo de Mattos, PDT/RS. Também há previsão para que, em meados de julho, o Ministério da Justiça apresente projeto de lei alterando a Lei de Execução Penal, para garantir a remição de um dia de pena por dezoito horas de estudo; e a concessão de mais 50% sobre o tempo acumulado a remir, no caso da conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

A remição pelo estudo, no entanto, deve vir acompanhada de outras medidas que possibilitem e valorizem as atividades educativas no interior dos presídios. É preciso sensibilizar funcionários e também população carcerária para a importância do funcionamento de escolas no interior dos presídios, tema bastante polêmico diante da situação de tensão e violações de direitos – sofridas e praticadas – pelos dois grupos.

A valorização da educação no sistema prisional também está vinculada ao caráter e à forma que assumirá. Este debate foi iniciado com os seminários promovidos pelo MEC/SECAD no último ano, mas ainda não foi estendido à sociedade. A discussão pública sobre o sistema penitenciário é restrita aos aspectos da segurança e violência.

Os processos educativos são sempre relacionados à perspectiva da ressocialização, reinserção e outros termos que remetem para a reorganização da vida quando e se conquistada a liberdade. Sem dúvida esta é uma perspectiva fundamental, mas não se pode deixar de

considerar que os processos educativos, em qualquer situação, exercem influência sobre a vida presente dos envolvidos.

### **3 CONCLUSÃO**

Ressocialização de detentos é fator de segurança social. É dever do Estado e direito consagrado na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. Investir na educação de detentos é fator de humanização, diminui as rebeliões e ajuda a criar um clima de expectativa favorável para o reingresso na vida social, quando em liberdade.

Deve-se investir na criação de uma escola para os sistemas penitenciário e socioeducativo cuja concepção educacional privilegie, acima de tudo, a busca pela formação de um cidadão consciente da sua realidade social. Também é essencial que o Ministério da Justiça e os órgãos competentes assumam a educação como uma das políticas de reinserção social e, em articulação com os Ministérios da Educação, da Saúde, da Cultura etc, definam as diretrizes nacionais para o “tratamento penitenciário e socioeducativo”, visando à construção coletiva de uma política pública voltada à alfabetização e à elevação de escolaridade da população privada de liberdade e egressa no contexto das políticas de Educação de Jovens e Adultos.

A educação formal tem demonstrado que auxilia na obtenção dos objetivos centrais de reabilitação e ressocialização, incidentes no resgate social, e minimização da discriminação social. Ainda precisamos dentro da Educação Prisional, unir educação e trabalho, mas vejo que já obtivemos um crescimento qualitativo, e com as parcerias seremos referência no atendimento.

A relevância da educação prisional como instrumento de ressocialização e de desenvolvimento de habilidades e de educação para a empregabilidade é notória no sentido de auxiliar os reclusos a reconstruir um futuro melhor durante e após o cumprimento da sentença. Os objetivos de encarceramento ultrapassam as questões de punição, isolamento e detenção. A educação auxilia e permite a obtenção dos objetivos centrais de reabilitação que incidem em resgate social e educação libertadora numa

dimensão de autonomia, sustentabilidade e minimização de discriminação social.

Trabalhar na busca da identidade perdida, e participar desta sociedade modernizada e midiaticizada, poderá ser um viés articulador e um grande desafio para gerar mudanças, compromissos e possibilitar aos reeducandos um retorno digno à sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, SÉRGIO, (1991). *A Prisão sob a ótica de seus protagonistas: Itinerário de uma*

*Pesquisa*. In: Tempo Social; Rev. de Sociologia da USP, São Paulo: 3(1-2):7-40.

ALBORNOZ, SUZANA., (2002). *O que é trabalho*. São Paulo: Brasiliense, Anistia Internacional. Brasil: “Aqui ninguém dorme sossegado” – violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo.

ARANHA, M. L. A.DE., (1998). *História da educação. 2.*, São Paulo: Moderna.

BECKER, HOWARD S., (1997). *Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Ed. Hucitec.

BRANDÃO, ZAIA., (2002). *Entre questionários e entrevistas*. In: Pesquisa em Educação: conversas com pós-graduandos. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Edições Loyola.

BRANDÃO, D. M.S & CREMA, R. (1991). *Visão Holística em Psicologia e educação*. São Paulo: Summus.

BRASIL, **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até 31. 12. 1999. 5., São Paulo: TR, 2000 266p.

BRASIL, **Lei Nº 9.394, 20 dez. 1996**. Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Buarque, C. 1993. **Qualidade de vida**: a modernização da utopia. Revista Lua Nova, São Paulo, n31, p. 157-165.

CAPELLER, WANDA. (1985). **O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização**. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. São Paulo: 2(2):127-134.

FOUCAUL, MICHEL. (2008). **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir: (1998). **Nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. 18.,

Petrópolis: Vozes.

\_\_\_\_\_. História da Loucura. (2001). São Paulo: Editora Perspectiva. **Ciências da cognição**. Florianópolis: Insular.

MIRABETE, J. F. (1993). **Lei de execução penal**. 5., São Paulo: Atlas.

MOORE, MICHAEL G. (1996). **Distance education: a systems view / Title**: – United States.

MORAN, J. M. (2000). **Novas Tecnologias e Mediação Pedagógica**. São Paulo: Papirus.

MORIN, E. (2000). **Os sete saberes necessários a educação do futuro**. São Paulo: Cortez.

NEVES, C.M.C. **TV na Escola e os desafios de hoje**: Tecnologias e educação: desafios e a TV escola. 2000. Módulo 1, Brasília; EAD/SEED.

OLIVEIRA, EDMUNDO. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

OLIVEIRA, O.M.DE.(1996). **Prisão: um paradoxo social. 2.**, Florianópolis: DAUSFC.

PILETTI, C. & PILETTI, N. (1988). **Filosofia e história da educação**. São Paulo: Ática. \_\_\_\_\_ Didática geral. 23. (2001), São Paulo: Ática.

VASCONCELLOS, C. S. (1999). **Construção do conhecimento em sala de aula. 8ª .**, São Paulo: Libertad.

<http://www.sepe.pi.gov.br/materia.php?id=18351>

<http://www.secjus.pi.gov.br/>

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitos-humanosdetentos.htm>

[http://www.controlesocial.org.br/boletim/ebul19/tem\\_verde.html](http://www.controlesocial.org.br/boletim/ebul19/tem_verde.html)

<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>

[http://veja.abril.com.br/250209/p\\_084.shtml](http://veja.abril.com.br/250209/p_084.shtml)

## INTERVENÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**RAFAEL PEÇANHA DE MOURA:**  
Especialista em Sociologia Urbana (UERJ),  
Mestre e Doutor em Antropologia (UFF)

**Resumo:** O presente artigo traz contribuições, sob a ótica do Direito Constitucional, às reflexões sobre o decreto presidencial anunciado no dia 16 de fevereiro de 2018, referente à intervenção federal no setor de segurança pública do estado do Rio de Janeiro. Por tratar-se de fato recente, a metodologia da abordagem utilizará fontes jornalísticas, acrescidas de bibliografias jurídicas e legislações anteriores, tendo como objetivo esclarecer os principais pontos do tema sob a égide da técnica legislativa e das Constituições (Federal e Estadual), sem deixar de apresentar hipóteses sobre os aspectos políticos, sociológicos e antropológicos da discussão.

**Palavras-chave:** Intervenção. Constitucional. Rio de Janeiro.

**Abstract:** This article brings contributions, from the perspective of Constitutional Law, to the reflections on the presidential decree announced on February 16, 2018, referring to federal intervention in the public security sector of the state of Rio de Janeiro. As it is a recent fact, the methodology of the approach will use journalistic sources, along with legal bibliographies and previous legislation, with the objective of clarifying the main points of the topic under the aegis of the legislative technique and the Constitutions (Federal and State), without leaving to present hypotheses about the political, sociological and anthropological aspects of the discussion.

**Keywords:** Intervention. Constitutional. Rio de Janeiro.

**Sumário:** Introdução – Intervenção militar e estado de exceção. 1. A constitucionalidade do decreto de intervenção. 2. Discussões políticas e rumores sobre a intervenção, à ótica da legalidade. Conclusão.

---

### Introdução – Intervenção militar e estado de exceção.

O país parou para discutir e tentar entender o decreto de intervenção na segurança pública do estado do Rio de Janeiro, assinado pelo presidente Michel Temer no último dia 16. Temos observado muitas reflexões. Nestas linhas buscaremos focar numa abordagem ligada às técnicas legislativas e às discussões acadêmicas sobre o tema para ajudar a população a, primeiro, compreender o que está ocorrendo; segundo – aí sim – a se posicionar criticamente diante dos fatos.

Primeiro, cabe destacar que, tecnicamente falando, não se trata de uma intervenção militar, mas sim de uma intervenção federal, conforme denota o artigo 21, inciso V da Constituição Federal (Brasil, 2015)[1]. O governo federal designou como interventor um militar, mas poderia tê-lo feito com um civil. Se, na prática, trata-se de uma manobra para, na prática, realizar uma intervenção militar, diretamente, na segurança pública estadual é uma outra discussão. O fato é que o artigo 5º, inciso XLIV da mesma CRFB, veda ações de grupos militares armados contra a ordem constitucional e o estado democrático, o que, em tese, é uma vedação constitucional a uma intervenção militar.

A intervenção poder ser entendida como um estado de exceção. Isso porque o artigo 3º da Constituição Federal, inciso IV, determina que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a não-intervenção. Logo, se ela existe, é uma exceção. Isso não se trata, porém, de um silogismo simplório. O estado de exceção tem como origem histórica a Revolução Francesa, pois, Segundo Agamben (2004), a ideia de uma suspensão da constituição aparece pela primeira vez na Constituição de 22 frimário[2], a qual previa a suspensão das normas constitucionais que protegiam as liberdades individuais como único meio de proteger o estado democrático. A cidade ou região em questão era declarada *hors la Constitution* (fora da constituição).

Aí surge nova pergunta: se o estado de exceção é exatamente o “estar fora da Constituição”, como pode a Constituição regular um estado fora dela, como acontece na CRFB/1988, já que a Carta Magna regula, especialmente nos artigos 34 a 36, os casos de intervenção, que aqui ousamos “acusar” de poder ser enquadrada como estado de exceção?



Simples. Para Agamben (2014), O termo “estado de exceção” vem das doutrinas italiana e francesa, sendo que ambas, de acordo com Camargo (2008)[3], foram as principais influenciadoras da Constituição de 1988. “Segundo Agamben, um exame da situação do estado de exceção nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra uma divisão – clara quanto ao princípio, mas de fato muito mais nebulosa entre ordenamentos que regulamentam o estado de exceção no texto da constituição ou por meio de uma lei, e ordenamentos que preferem não regulamentar explicitamente o problema. Ao primeiro grupo pertencem a França (onde nasceu o estado de exceção moderno, na época da Revolução) e a Alemanha; ao segundo, a Itália, a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos” (Souza[4] e Oliveira, 2016, p. 135).

### **1. A constitucionalidade do decreto de intervenção.**

O decreto de intervenção pode ser entendido como inconstitucional se não seguir tecnicamente todos os trâmites da constituição. O parágrafo 1º do artigo 36[5] afirma que o nome do interventor deverá ser submetido ao Congresso em 24 horas. Pelo artigo 49, inciso IV, a intervenção só pode valer após aprovada pelo Congresso, o que também não ocorreu. Se esses prazos não forem cumpridos, o decreto será ilegal. Ou seja, só com a aprovação do Congresso o interventor poderá assumir a gestão da segurança fluminense. Tudo dependerá do que acontecerá nos próximos dias.

O que o interventor deve fazer, segundo o decreto, é não se sujeitar às normas estaduais que conflitam com os ordenamentos federais, ou seja, ele é submisso diretamente ao Presidente. Ele também deve deter o controle de todos os órgãos estaduais de segurança dispostos no artigo 144 da CRFB, ou seja, Polícias Militar e Civil; e Corpo de Bombeiros. A Política Penitenciária também entra, pois está prevista como órgão na Constituição do Estado, Título V, que o decreto de intervenção também coloca como parâmetro.

O que o interventor pode fazer, segundo o decreto, é utilizar a estrutura financeira do Estado do Rio para seu trabalho; e requisitar bens, serviços e servidores da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de

Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro.

O decreto nada diz sobre permissão ou proibição de colocar membros das forças armadas diretamente (e não apenas auxiliando a PM, por exemplo) para realizarem operações em favelas, por exemplo. Em tese, como veremos à frente, o interventor poderá até baixar legislação alterando as funções da PM, e, se houver também uma mudança nos itens de atribuições das forças militares, mudando-se a legislação militar federal, pode-se “substituir” operações de busca, apreensão, prisão e outras, até então feitas por Polícias Militares, para que sejam feitas por militares, ainda que ao arrepio de todas as opiniões dos especialistas em segurança pública, que entendem ser isso uma temeridade, conforme também veremos à frente. Tudo isso, vejamos bem, é o que pode acontecer em tese, diante das brechas do decreto.

Isso significa que o Interventor pode manter policiais e bombeiros onde estão; mudar suas lotações; substituí-los por militares ou fazê-los agir em conjunto. Logo, não há nenhuma certeza sobre presença de militares nas ruas, muito menos operando no lugar da PM, por exemplo. Isso depende das ordens do interventor.

Com isso, percebe-se que a intervenção não é no governo do Estado, mas apenas no setor de segurança do governo do estado, como dia o parágrafo 1º do artigo 1º do decreto presidencial. É como se o interventor tomasse o lugar do secretário estadual de segurança, mas obedecendo diretamente ao presidente e não mais ao governador, sendo que o resto do governo estadual ficaria como está.

Isso também significa que as mudanças por ele elencadas servirão para todo estado, logo, para os batalhões, quartéis e delegacias do interior, e não apenas para a capital ou região metropolitana, dado que terá relevância em abordagens nas próximas linhas.

A Reforma da Previdência terá dificuldades de ser discutida pelo Congresso com o decreto, pois o parágrafo 1º do artigo 60 da Constituição veda emendas ou reformas constitucionais durante intervenção, estado de defesa ou de sítio. O governo pode suspender o decreto por alguns dias

para votar a reforma e depois voltar com ele, mas isso seria um desgaste político forte.

## **2. Discussões políticas e rumores sobre a intervenção, à ótica da legalidade.**

O que parece é que o governo percebeu que poderia aumentar sua popularidade agindo de forma intensa no setor que aparece como uma das maiores preocupações dos brasileiros (segurança pública)[6]. Melhorando sua aceitação, assim, reduziria a rejeição popular à reforma, o que convenceria congressistas indecisos a votar favoravelmente, especialmente, em ano eleitoral, onde as pesquisas de opinião sobre o governo pesam muito. Logo, legalmente, a reforma fica inviabilizada, mas há brecha legal para que ela ocorra e ainda pode haver uma estratégia política para que, no final, a intervenção ajude na votação da reforma, como dar um passo para trás e, posteriormente, dar dois à frente.

Há quem diga que a intervenção federal na segurança do estado do Rio é um ensaio para um golpe militar no país. Isso é muito pouco provável. Mas é fato que há uma brecha perigosa no parágrafo 4º do artigo 3º do decreto presidencial. Ele diz que “As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.”. Ora, isso significa dizer que as atribuições do artigo 145 que tiverem relação direta ou indireta com a segurança ficam a cargo do interventor. Mas quais das 16 funções do artigo 145, que são as atribuições do governador do estado do Rio de Janeiro, podem ser assim entendidas?

Não há nada que diga quais delas são direta ou indiretamente ligadas ao setor de segurança, o que, em tese, abre brecha para que qualquer função possa ser exercida pelo interventor, dependendo da “interpretação”. Vejamos o item IV, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Se forem leis, decretos e regulamentos sobre segurança, ao que parece dizer o decreto de intervenção, serão editados pelo interventor. E o item V, “vetar projetos de lei, total ou parcialmente”. Se forem na área de segurança, ao que parece dizer o decreto presidencial, o interventor parece ter poder de veto.

Vejamos agora o item VII, “decretar e executar a intervenção nos Municípios, nomeando o Interventor, nos casos previstos nesta Constituição”. Neste caso, não há risco, em tese, pois o artigo 35 da Constituição Federal e o artigo 355 da Constituição Estadual não permitem intervenções do estado nos municípios por motivos de segurança.

Na verdade, o parágrafo 4º do artigo 3º abre brechas para uma ampliação do poder do interventor, além dos limites divulgados pela mídia, o que é perigoso, entretanto, não parece abrir caminho para uma intervenção total do Governo Federal no Estado, muito menos um golpe militar.

O decreto de intervenção de 2018 é diferente do decreto de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) de 2017. Ambos foram assinados pelo governo federal em relação ao Rio de Janeiro, porém, no caso da GLO, o que tivemos foi o “emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem, em apoio às ações do Plano Nacional de Segurança Pública, no Estado do Rio de Janeiro”, como diz o artigo 1º do decreto de 28 de julho de 2017.

Esse decreto diz que a validade da GLO vai até 31 de dezembro de 2018, logo, ele estará vigente junto ao decreto da intervenção no Rio. A diferença é que o decreto de 2017 liberava membros das forças armadas a auxiliarem na segurança da pública do rio, mas mantinham a gestão dessa área nas mãos do secretário estadual de segurança, submetido ao governador.

O detalhe interessante é que a redação do decreto da GLO foi alterada em 29 de dezembro de 2017, estendendo o prazo final até o fim de 2018, já que a redação original ia somente até o fim de 2017. Logo, isso significa que as forças armadas podem ser enviadas para auxiliar a segurança do Rio a qualquer momento, mas a gestão da pasta só pode estar nas mãos do interventor federal depois que o decreto for aprovado pelo Congresso. Esse fato indica também que a intervenção muito provavelmente já estava sendo costurada desde o ano passado. Isso também significa que não é ilegal o envio de tropas para o Rio antes da aprovação do decreto presidencial pelo Congresso, pois esse envio se

baseia no decreto de 2017 (forças militares atuando de forma auxiliar) e não no decreto de 2018 (gestão da segurança passando para as mãos do interventor militar).

Apesar da vigência da GLO desde a metade do ano passado, foi curto e, ao menos aparentemente, pouco eficiente o período de presença intensa das forças armadas nas ruas do Rio – aliás, só da cidade do Rio de Janeiro, pois nada se viu pelo interior, o que reforça a tese de que tais operações foram mais midiáticas do que práticas. O Jornal O Globo lembra que os militares ocuparam apenas os acessos à Favela da Rocinha durante uma semana e que um dia antes das retiradas das tropas do local, traficantes já anunciavam a volta do toque de recolher como regra aos moradores. O próprio comandante das Forças Militares do Leste lembrou que a função das forças armadas é apenas o cerco, e que a busca e apreensão de criminosos cabe à PM<sup>[7]</sup>.

Foram mais de 10 mil homens exclusivamente nas ruas cariocas a partir de 28 de julho de 2017: 8.500 das Forças Armadas, 620 da Força Nacional, 380 da Polícia Rodoviária Federal, além de 740 policiais rodoviários que já atuam no estado<sup>[8]</sup>. Na ocasião, o ministro da Justiça, Torquato Jardim, enumerou os principais crimes a serem combatidos nas ações federais: "São quatro tipos de crimes que competem à União combater, em parceria com os estados: o comércio de drogas, o tráfico de armas, crimes financeiros e o tráfico de pessoas. Todo esse trabalho está sendo combatido no Rio de Janeiro com o estrangulamento ao fluxo dos operadores dos atos ilícitos".

O que se viu, porém, foi uma presença visível das forças militares nas ruas, no asfalto, especialmente em blitz, e nenhuma ação direta em morros e favelas. Até 26/8, não havia sido apreendido sequer um fuzil. O Ministério Público Federal do Rio se pronunciou apontando a ineficácia do emprego das Forças Armadas e solicitando que o governo federal envie recursos para a Polícia Militar sair do sucateamento. A fala foi do procurador Eduardo de Oliveira, que coordena o Controle Externo da Atividade Policial no Rio. "O Exército é essencial na soberania nacional e nas fronteiras. Mas a tropa ficar parada em pontos de uma comunidade para a polícia cumprir mandados de prisão é ineficaz e tem um custo enorme. Esse recurso financeiro poderia ser utilizado para ajudar no conserto das viaturas da Polícia Militar, por exemplo"<sup>[9]</sup>.

Na mesma edição, o Jornal O Dia apurou que o custo de uma operação diária do Exército é de R\$ 1,2 milhão. Atualmente, cerca de 40% das viaturas da corporação estão paradas com avarias.

Procurado, o porta-voz do Exército, coronel Roberto Itamar, disse que “o Exército não faz ocupações devido ao alto custo e que no passado essa ação demonstrou não ter resultados”. Em 1 ano e meio no Complexo da Maré o custo da ocupação foi de R\$ 400 milhões.

Para o major da reserva do Exército e consultor em análise de risco do think tank Instituto Arc, Nelson Ricardo Fernandes Silva, “Há uma força policial para entrar nas residências e realizar revistas. Caso o Exército fizesse isso, seria uma aplicação torta de sua finalidade. Tem policiais para fazer isso e é mais sensato usar alguém que sempre operou no local e conhece bem a área”. Logo, um possível uso de militares no lugar de policiais em operações desse tipo, na vigência da intervenção, seria algo reprovado por especialistas e perigoso.

Para o sociólogo Ignacio Cano, pesquisador do Laboratório de Análise da Violência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), “está sendo colocado para a população que a solução dos problemas da violência virá nas mãos do exército”. Para Cano, “essa solução não virá porque o exército não tem essa capacidade e não tem essa função”<sup>[10]</sup>.

## **Conclusão**

Finalizando, cabe, ao que parece, separar dois universos. Primeiro, a ideia de que uma intervenção federal na segurança fluminense era necessária e urgente, devido à gravidade da situação: sim, era e é.

Outra coisa é 1) negar as perspectivas político-partidárias-eleitorais da medida – sim, elas existem; 2) acreditar que a intervenção resolverá os problemas de segurança do estado a curto, médio e longo prazo – não, não resolverá; 3) acreditar que as forças armadas irão efetivamente combater o tráfico e o crime organizado – é preciso ver suas ações reais nas ruas para ter certeza, mas dificilmente isso ocorrerá; 4) acreditar, em tese, que as forças armadas são “melhores” do que outras para este tipo de combate – há uma diferença técnica e legal de funções operacionais, não dá para comparar; 5) negar que o abandono da estrutura de

segurança pública do estado pelos governos seja a grande causa da situação lastimável na qual chegamos – negar isso é jogar uma cortina de fumaça na história do estado.

Acima de tudo, cabe lembrar que boa parte da efetivação do decreto virá com ela mesma, ou seja: só saberemos exatamente como funcionará quando o Congresso aprovar a medida e o interventor tomar posse de sua função e começar, efetivamente, a comandar a pasta. Nesse momento, caberá à população e a todos nós ficarmos atentos, fiscalizando o cumprimento da lei e dos direitos básicos, individuais e coletivos, previstos na Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 48. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto de 28 de julho de 2017. Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14485.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14485.htm). Acesso em 17 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto de 29 de dezembro de 2017. Altera o Decreto de 28 de julho de 2017, que autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14506.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14506.htm#art1). Acesso em 17 fev. 2018.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira. Revista da AGU (Advocacia-Geral da União), Brasília, v. 8, n. 79, ago. 2008.

ÉPOCA. Brasil é o país que mais se preocupa com segurança, diz pesquisa. Disponível em <http://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2016/09/brasil-e-o-pais->

[que-mais-se-preocupa-com-seguranca-diz-pesquisa.html](#). Acesso em 17 fev. 2018.

G1. Exército, Marinha e Aeronáutica se dividirão durante operação no RJ. Disponível em <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/exercito-marinha-e-aeronautica-se-dividirao-durante-operacoes-no-rj.ghtml>. Acesso em 17 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Forças armadas deixam a Rocinha após uma semana de ocupação. Disponível em <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/forca-nacional-comeca-a-deixar-a-comunidade-da-rocinha.ghtml>. Acesso em 17 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Íntegra do decreto de intervenção federal na segurança pública no**

**Rio de Janeiro. Disponível**

**em [https://g1.globo.com/politica/noticia/integra-do-decreto-de-](https://g1.globo.com/politica/noticia/integra-do-decreto-de-intervencao-federal-na-seguranca-publica-no-rio-de-janeiro.ghtml)**

**[intervencao-federal-na-seguranca-publica-no-rio-de-janeiro.ghtml](#).**

**Acesso em 17 fev. 2018.**

O DIA. MPF aponta ineficácia de Forças Armadas no Rio. Disponível em <https://odia.ig.com.br/conteudo/rio-de-janeiro/2017-08-27/mpf-aponta-ineficacia-de-forcas-armadas-no-rio.html>. Acesso em 17 fev. 2018.

PITASSE, Mariana. Entrevista com Ignacio Cano concedida em 16 fev. 2018. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2018/02/16/e-uma-medida-politico-partidaria-diz-pesquisador-sobre-intervencao-militar-no-rio/>. Brasil de Fato. Acesso em 17 fev. 2018.

RIO DE JANEIRO. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro; Assembleia. Legislativa, 1989.

SOUZA, José Elielton de; OLIVEIRA, Maria do Socorro Catarina de Sousa. Considerações sobre o conceito de “Estado de Exceção” em Giorgio



Agamben intuitio. ISSN. Porto Alegre. Vol.9 – Nº.1. Julho p.131-147. 1983-4012. 2016.

#### **NOTAS:**

[1] Este artigo afirma que o Estado de Sítio e o Estado de Defesa também são prerrogativas da União. O artigo 34 elenca os motivos que podem ser levantados para justificar uma intervenção federal. São 7 itens com 7 subitens, entre eles, “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” e assegurar os direitos da pessoa humana. O primeiro é a justificativa do decreto presidencial, explícita em seu artigo 1º, parágrafo 2º.

[2] Terceiro mês do calendário da primeira república francesa, de 21 de novembro a 20 de dezembro.

[3] Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal, representante da Escola da Advocacia Geral da União, mestre em direito agrário e em direito constitucional e doutoranda em direito constitucional pela Universidade de Salamanca .

[4] Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professor de Filosofia na Universidade Federal do Piauí (UFPI).

[5] Como o decreto ainda não foi publicado, o acesso ao texto integral ainda se dá pelos meios de comunicação. Cf. <https://g1.globo.com/politica/noticia/integra-do-decreto-de-intervencao-federal-na-seguranca-publica-no-rio-de-janeiro.ghtml>

[6] Cf. <http://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2016/09/brasil-e-o-pais-que-mais-se-preocupa-com-seguranca-diz-pesquisa.html>

[7] Cf. <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/forca-nacional-comeca-a-deixar-a-comunidade-da-rocinha.ghtml>

[8] Cf. <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/exercito-marinha-e-aeronautica-se-dividirao-durante-operacoes-no-rj.ghtml>

[9] Cf. <https://odia.ig.com.br/conteudo/rio-de-janeiro/2017-08-27/mpf-aponta-ineficacia-de-forcas-armadas-no-rio.html>

[10] Cf. <https://www.brasildefato.com.br/2018/02/16/e-uma-medida-politico-partidaria-diz-pesquisador-sobre-intervencao-militar-no-rio/>

## ESTUDO SOBRE O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

**EDMILSON MACHADO DE ALMEIDA NETO:** ADVOGADO. BACHAREL EM DIREITO PELA UNB.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise aprofundada do instituto do Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, realizando uma análise comparativa com os outros institutos similares previsto em nosso ordenamento jurídico.

**Palavras- chaves:** Lei Anticorrupção; Acordo de Leniência; Direito Administrativo Sancionador; Lei nº 12.846/2013

---

### 1. Introdução

A corrupção, diferente dos outros ilícitos, possui características que a torna uma infração única, o que dificulta, e muito, a utilização de técnicas convencionais de repressão.

Em primeiro lugar, devemos a sua particularidade ao fato de ser um crime invisível e oculto, ou seja, trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, sem a participação de outras pessoas ou testemunhas. Em segundo lugar, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícil, e, ainda que provada uma transação financeira, é necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Finalmente, a corrupção é um crime que não atinge uma vítima determinada, mas sim toda uma sociedade, o que, de certa forma, dificulta sua comunicação às autoridades, haja vista que não há um lesado que se sinta obrigado a tanto.<sup>[1]</sup>

O legislador brasileiro, assim como o europeu e o norte-americano, percebeu que nem mesmo os poderes investigatórios mais agressivos às inviolabilidades constitucionais (como a busca e apreensão e as interceptações telefônicas) seriam capazes de trazer aos entes públicos as provas necessárias a um processo acusatório bem-sucedido.<sup>[2]</sup>

Diante desse contexto, o legislador não poderia tratar a corrupção como um crime qualquer. Percebeu-se que seria necessário aparelhar o Estado com mecanismos que fossem capazes de se adaptar ao “*modus operandi*” da corrupção.

Assim, como uma das resposta a essa problemática, a Lei Anticorrupção nos apresenta o Acordo de Leniência. Tal instrumento não é uma novidade em nosso ordenamento jurídico, já sendo utilizado pelo Brasil desde 2000 no combate às práticas anticoncorrencias pelo CADE; entretanto, é a primeira vez em que ele é utilizado no combate à corrupção.

A inspiração para criação do Acordo de Leniência vem da clássica teoria dos jogos e do “dilema do prisioneiro”, o qual explora a natural desconfiança existente entre os membros de uma prática ilícita e sua consequente instabilidade.

A teoria dos jogos, que ganhou fama em 1940 e 1950, é vista como um ramo da [matemática aplicada](#) que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. Enquanto o “dilema do prisioneiro” é um exemplo dessa teoria, em que se demonstra que, em busca de uma melhores saídas para a situação, os indivíduos são capazes de delatar os seus próprios companheiros.<sup>[3]</sup>

Resumidamente, o dilema pode ser explicado da seguinte maneira: duas pessoas são presas, mas as autoridades não possuem provas suficientes para condená-las em todos os crimes. Então, a polícia separa cada indivíduo em celas diferentes e faz a mesma oferta a cada um deles: a) se um testemunhar contra o outro e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa ficará livre, enquanto o que não tiver feito ficará 5 anos na prisão; b) se ambos permanecerem em silêncio, como as autoridades só possuem provas de apenas um crime, ficarão 1 ano na cadeia; c) por fim, se ambos delatarem o seu comparsa, serão sentenciados a 3 anos de prisão. Nesta circunstância, cada preso quer ficar o menor tempo possível na cadeia, ou seja, maximizar o seu resultado individual. Assim sendo, movidos pela racionalidade e por interesses próprios, os presos tendem a delatar os seus comparsas.

Destarte, tomando por base esse raciocínio, o Acordo de Leniência surge como uma transação que é celebrada entre o Poder Público e o agente envolvido na infração, em que o objetivo principal é a obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas de materialidade e de autoria. Em contrapartida, o delator tem diminuição das penalidades que seriam impostas em razão do fato delituoso.

Nesse sentido, Gesner Oliveira e João Grandino Rosas definem Acordo de Leniência como:

“[...] uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal.”<sup>[4]</sup>

Sendo bem aplicado, o Acordo de Leniência permite que as autoridades públicas tenham acesso a documentos que comprovem a materialidade e a identificação dos demais envolvidos nos delitos que dificilmente se conseguiria por meio das vias ordinárias de instrução. E mais, lembra Thiago Marrara que a leniência deflagra um efeito preventivo geral, ou seja, ao oferecer benefícios ao “infrator-amigo”, o Estado introduz um vírus de instabilidade nas relações entre potenciais infratores. Assim, além de restar sob o risco constante de investigação e de punição por conta da ação *ex officio* do Estado, o infrator passa a contar com a incerteza do comportamento dos próprios comparsas. Essa instabilidade dentro da organização criminosa se potencializa em virtude da regra conhecida como “*first serve, first come*”, isto é, somente será beneficiado pelo Acordo de Leniência aquele que primeiro delatar, gerando assim um estímulo à corrida pelo primeiro acordo, o que reforça a traição entre os infratores. <sup>[5]</sup>

Trata-se, portanto, de um instrumento moderno que tem como principal objetivo convencer o infrator a “mudar de lado” e assim cooperar

efetivamente para o desmantelamento da organização criminosa que ele outrora integrou.

O infrator deixa de ser visto como um inimigo e passa a ser tratado como um “colega de trabalho”, sendo devidamente compensado com penas substancialmente mais brandas.

## 2. A origem do Acordo de Leniência: o combate a carteis

### 2.1. *The US Amnesty Program*

A primeira experiência internacional com a utilização do Acordo de Leniência se deu nos Estados Unidos, em 1978, pelo Departamento de Justiça.

Inicialmente, o Acordo de Leniência norte-americano funcionava da seguinte forma: antes das investigações, a empresa que celebrasse o acordo com a autoridade antitruste daquele país e fosse a primeira do cartel a delatar, poderia ser beneficiária da anistia (*amnesty*) das multas e do processo criminal. Entretanto, mesmo a empresa cumprindo todas as exigências previstas no Acordo de Leniência, não era garantido que receberia a anistia. Dessa forma, uma empresa interessada no programa não tinha como prever as vantagens que poderia obter (ou se haveria alguma vantagem), já que a concessão dos benefícios não era automática e estava sujeita à discricionariedade do Departamento de Justiça.<sup>[6]</sup>

Assim, nesse primeiro momento, em razão do alto grau de subjetividade, os Acordos de Leniência não foram muito bem aceitos. Durante esse período os Estados Unidos tinha uma média de apenas um Acordo de Leniência por ano, além de o Departamento de Justiça não ter conseguido levar nenhum caso de cartel internacional aos tribunais norte-americanos utilizando-se dos acordos.<sup>[7]</sup>

Esse quadro se manteve até 1993, quando finalmente os requisitos para concessão do Acordo de Leniência foram substancialmente alterados, retirando-se subjetividades para concessão dos benefícios. Dessa forma, as atuais exigências passaram a ser as seguintes: se uma empresa delatar o cartel antes do início de uma investigação e preencher todos os requisitos do programa (são seis no total, incluindo o requisito de ter sido a

primeira firma a delatar o cartel), a anistia é concedida automaticamente, ou seja, não está submetida a nenhum exercício de discricionariedade por parte do Departamento de Justiça; mesmo que uma investigação tenha sido iniciada, se a firma preencher determinados requisitos (são sete no total, incluindo o requisito de ter sido a primeira empresa a delatar o cartel), ainda assim lhe pode ser concedida anistia; entretanto, agora a firma se submete à discricionariedade do Departamento de Justiça. Ademais, se uma empresa conseguir a anistia, todos os diretores, executivos e empregados que, juntamente com a empresa, cooperaram com as investigações, também serão abrangidos pela *amnesty*.

Acrescentou-se, também, a possibilidade de celebração de Acordos de Leniência em relação a outros ilícitos que não fossem aqueles objeto da investigação em curso, produzindo, assim, efeito sobre esta (*Amnesty Plus*). Dessa forma, caso a empresa não preencha os requisitos para a celebração de acordo de leniência relacionado a uma infração sob investigação, ela poderá ser beneficiada se apresentar informações sobre uma infração completamente diversa.

Por fim, com essas alterações o programa se tornou um sucesso. A quantidade de acordos firmados nos Estados Unidos cresceu expressivamente. A média saltou de um para doze Acordos de Leniência por ano, chegando a atingir, entre 2002 e março de 2003, a marca de três acordos por mês.<sup>[8]</sup> Ademais, de 1997 a 2004, foram aplicadas multas que somam mais de US\$ 2,5 bilhões por práticas anticompetitivas, sendo que mais de 90% desse total tiveram o respaldo de informações obtidas via programa de leniência. Igualmente, dos mais de cinquenta processos que investigam cartéis internacionais, com atividades nos seis continentes, mais da metade deles foram iniciados ou beneficiados por informações recebidas via membro-delator do cartel.<sup>[9]</sup>

## **2.2. The E.U. Leniency Program**

Em 1996 a União Europeia também adotou o seu programa de leniência. Ao contrário do modelo americano, que concede a anistia apenas à primeira empresa que trair o cartel e delatá-lo a autoridade antitruste, o programa de leniência europeu seguiu uma abordagem de escalonamento das multas.<sup>[10]</sup>

Assim, se a comissão europeia não tiver iniciado investigações para desvendar o cartel e se a empresa for a primeira a delatá-lo, respeitados os outros requisitos do programa (são mais três requisitos), garante para si uma redução da multa que fica na faixa 75% - 100%; se a firma for a primeira a delatar o cartel, mas as investigações já se iniciaram, a redução da multa fica em torno de 50% - 75%; se a empresa não for a primeira a delatar o cartel, mas colaborar com as investigações e não contestar substancialmente as alegações de que é vítima, garante para si uma redução da multa que varia entre 10% e 50%.

Dessa forma, ainda que o parâmetro de redução das multas fosse determinado pela Comissão Europeia, a sua exata diminuição ficaria a critério das autoridades europeias nacionais.

Os resultados iniciais do programa europeu foram satisfatórios, alcançando multas que totalizaram 2, 240 bilhões de euros entre 1996 a 2002, sendo apreciados 16 casos de cartéis. Entretanto, esperava-se mais eficiência do programa.

Em 2002, o programa de leniência europeu passou por uma ampla revisão, seguindo as diretrizes do modelo norte-americano. Dessa forma, buscou-se diminuir a discricionariedade da Comissão Europeia, aumentando, em contrapartida, a transparência e as possibilidades para uma empresa conquistar a imunidade plena. A partir de então, a primeira empresa que delatasse uma formação de cartel às autoridades antes do início de uma investigação ou durante a mesma – contanto que a autoridade antitruste ainda não possua provas suficientes para estabelecer a infração– receberia a imunidade total.<sup>[11]</sup>

Outra alteração significativa foi a exclusão da exigência de prova decisiva com relação à prática do cartel, restando excluída do acordo apenas aquela empresa que tenha exercido coerção sobre as demais para participar na conduta ilícita, ou tenha sido a instigadora ou a líder (*the instigator* ou *the leader*). Assim sendo, se a empresa não se enquadrar como empresa líder ou investigadora, estará apta a realizar os acordos de leniência, aumentando assim o seu alcance.

Por fim, o programa continuou a permitir que outros membros do cartel se beneficiassem de reduções nas sanções, mesmo que não fossem os primeiros a delatar. Assim, as alterações no Programa de Leniência o tornaram bem mais atraente, pois, enquanto nos seis anos de vigência do programa original foram apresentadas à Comissão 80 propostas de acordo, entre 2002 e 2006, foram 167, das quais 87 eram requisições de imunidade plena e 80 de redução de multa.<sup>[12]</sup>

### **2.3. O Programa de Leniência brasileiro**

O programa de leniência iniciou-se no Brasil em 2000, com a edição da Medida Provisória nº 2.055-4/2000, posteriormente convertida na lei federal nº 10.149/2000, que incluiu os artigos 35-B e 35-C na Lei de Defesa à Concorrência à época (Lei nº 8.884/1994).

O artigo 35-B da Lei de Defesa da Concorrência autorizava a SDE a celebrar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas, em troca de confissão e colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel. Tais disposições são complementadas pelo artigo 35-C da mesma Lei, que dispõe que o cumprimento dos requisitos de um Acordo de Leniência extingue automaticamente a punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90).<sup>[13]</sup>

Atualmente, com a aprovação da nova lei do CADE (Lei nº 12.529/11), foi determinada a revogação destes dispositivos e conferida nova regulamentação ao instituto prevista nos artigos 86 e 87 deste diploma legal.

Os efeitos do Acordo de Leniência continuam os mesmos: possibilidade de extinção da ação punitiva da Administração Pública ou redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável, a depender do momento da celebração do acordo e desde que haja colaboração efetiva com as investigações, resultando a identificação dos demais envolvidos na infração e obtenção de documentos que comprovem a materialidade da infração noticiada.



Ainda, segundo o artigo 86 da nova lei do CADE, são requisitos cumulativos para a celebração do acordo: a) a empresa deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; b) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; c) a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e d) a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Em complemento, destaca-se que não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

Ademais, o regimento interno do CADE prevê que a proposta de leniência poderá ser apresentada de forma oral, mediante agendamento de reunião sigilosa, ou de forma escrita. Nesses termos:

Art. 202. A proposta escrita observará o seguinte procedimento:

(...)

II - o proponente apresentará sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de descrever as informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

III - a proposta deverá conter informação sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a

mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira;

A lei também prevê a *Leniência Plus (Amnesty Plus)*, isto é, um eventual candidato que não se qualificar para a celebração de um Acordo de Leniência em relação à determinada conduta sob investigação (seja porque foi o segundo a se candidatar ou por ter sido o líder do cartel), mas que fornecer informações relevantes acerca de um outro cartel, e cumprir com os demais requisitos do Programa de Leniência, receberá todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

Outra previsão interessante é o “sistema de senhas”. Por ele, é concedido uma senha (“*marker system*”) para proteger a posição de um candidato na “fila” para o Acordo de Leniência por um período de não mais de 30 dias, de modo a lhe permitir que obtenha as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Para se habilitar à senha, o candidato deve fornecer informações a respeito de seu nome e endereço, os copartícipes do cartel (“quem”), os bens e locais afetados (“o quê” e “onde”) e, se possível, a duração estimada do cartel (“quando”). O candidato deve informar também sobre outras propostas de Acordo de Leniência sobre a mesma prática apresentada a outras jurisdições.<sup>[14]</sup>

A nova Lei do CADE enuncia que poderão ser estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas (art. 86, §6º).

Por fim, vale destacar que a celebração de Acordo de Leniência na esfera antitruste brasileira não gera efeitos na esfera cível; assim, não é afastada a possibilidade de condenação por danos causados em virtude da prática de cartel, além de não livrar as empresas da inidoneidade - ou seja, elas ainda podem ser impedidas de prestar serviços ao governo. Por outro lado, a Lei do CADE prevê que com a realização do acordo de leniência será possível a extinção da punibilidade de todos os crimes diretamente

relacionados com a prática de cartel (incluindo os previstos na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 8.137/90 e no art. 288 do Código Penal).

#### **2.4. A Colaboração Premiada na Esfera Penal**

O Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013, em razão de sua finalidade e de sua estrutura, guarda muita semelhança com o instituto da colaboração premiada da esfera penal. Assim, entendemos que o estudo da colaboração premiada se mostra essencial para esse trabalho, seja para colher as boas experiências desse instituto, seja para nos antecipar às críticas que certamente virão ao acordo de leniência e que já são vistas em relação à colaboração premiada. Dessa maneira, analisaremos doravante os principais pontos da colaboração, sem, obviamente, ter a pretensão de esgotar esse importante instituto do Direito Penal.

Entende-se por colaboração premiada (ou *delação premiada* [15]) o instrumento pelo qual o legislador premia a conduta daquele que confessa o fato criminoso e aponta para a incriminação de terceiro que tenha ocorrido para o ilícito [16]. Assim, por meio da colaboração premiada, alguém que tenha sido coautor ou partícipe de crimes fornece informações à polícia e ao Ministério Público, em troca de benefícios autorizados pela lei, com a participação de seu advogado e sujeitos a confirmação pelo juiz.

Inicialmente, a primeira lei que tratou da colaboração premiada no Brasil foi a Lei nº 9.034/1995 ao prever em seu artigo 6º que “*nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.*” Alguns meses depois, a Lei nº 9.080/1995 acrescenta na lei dos crimes contra a ordem tributária o parágrafo único do artigo 16, dispondo que: “*cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*”.

Em seguida, temos o acréscimo feito pela Lei dos Crimes Hediondos no artigo 159 do Código Penal, o qual trata da extorsão mediante sequestro, criando, assim, mais uma espécie de colaboração

premiada: “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Dando continuidade ao movimento de expansão da colaboração, a [Lei nº 9.613/1998](#), ao tratar do crime de lavagem de bens e de dinheiro, previu a possibilidade de isenção ou redução de pena e de aplicação de regime mais suave de cumprimento de pena para o réu que colaborasse com as investigações e permitisse esclarecer os crimes e localizar os bens e valores objeto da lavagem. Posteriormente, a Lei nº 12.863/2012 conferiu uma nova redação ao artigo, ampliando as possibilidades de colaboração premiada nos crimes de lavagem de dinheiro.

Até esse momento, apesar de tais normas traçarem o objeto de incidência do instituto, não traziam sua regulamentação, ou seja, tratavam do instituto apenas em seu aspecto material, sem prever como deveria ser aplicado na prática. Assim, eram previstos benefícios - de maneira variada e sem maior uniformidade - àqueles que contribuíssem para a persecução penal. A prática judicial é que veio suprir as lacunas em relação ao procedimento, à legitimidade, garantia das partes etc. Porém, sempre houve margem para críticas e dúvidas, gerando dificuldades na sua execução prática.[\[17\]](#)

Somente com a edição da Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) que a situação começa a mudar. A nova legislação, seguindo tendência internacional no tratamento do tema, disciplinou o instituto da colaboração premiada de maneira pormenorizada, nos artigos 4º a 7º. Ela não apenas tratou do aspecto material (ou seja, concedendo benefícios), mas também disciplinou como seriam os procedimentos para sua aplicação.

Dessa forma, a Lei nº 12.850/2013 prevê que a competência para realizar a delação premiada é do Ministério Público, que poderá realizá-la a qualquer tempo, e do Delegado de Polícia, durante a fase investigativa. Ainda de acordo com a lei, caso tenha sido realizado pelo Delegado, deverá ter a manifestação do Ministério Público. Em qualquer dos caso,

após realizado o acordo, ele deverá ser submetido a apreciação (homologação) do juiz.

Assim, embora a Lei tenha feito menção à possibilidade de o Delegado de Polícia realizar a colaboração, esta somente deve ser admitida se com a participação ativa do membro do Ministério Público. Como titular exclusivo da ação penal pública, por decorrência constitucional (art. 129, I, da CF), não pode ser aceito um acordo feito pela Polícia sem a participação ativa do MP. Dessa forma, não será possível a homologação de acordo que não tenha a participação do membro do MP ou, pelo menos, a sua concordância. Assim, pode acontecer de o Delegado realizar o acordo e o membro do MP manifestar-se de maneira contrária; dessa forma, caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, somente aplicar o art. 28 do CPP.<sup>[18]</sup>

A Lei prevê ainda a impossibilidade de o juiz participar dos atos de negociação. Assim, busca-se a preservação da imparcialidade do magistrado, sendo claro o art. 4º, §6º ao dizer que: “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração”.

Dando continuidade à análise da Lei, o colaborador poderá receber do juiz as seguintes vantagens: a) perdão judicial de seus atos; b) redução da pena em até dois terços; c) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Ao conceder tais benefícios, a norma determina que o juiz leve em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social dos atos criminosos e a eficácia da colaboração.

Ademais, para a concessão desses benefícios é importante analisar se as informações por ele fornecidas foram realmente importantes para o esclarecimento de fatos e úteis para a descoberta do papel dos coautores e partícipes do crime. Ademais, além de trazer informações relevantes, o delator deverá colaborar efetivamente com a justiça. Assim, poderá o colaborador, mediante compromissos firmados com o Ministério

Público, comprometer-se a depor em juízo; fornecer documentos que comprovem suas acusações; a fazer reconhecimento; fornecer aos órgãos de persecução informações de inteligência, números de telefones que permitam a realização de interceptações telefônicas, ou endereços nos quais sejam possíveis instalar escutas ambientais; indicar a localização de bens, direitos e valores sujeitos a medidas de busca e apreensão, arresto e sequestro cautelar; e, em certos casos, poderá permanecer na quadrilha ou na organização criminosa de que era membro, para, a modo de infiltrado, colher informações e provas materiais úteis à persecução[19].

Por outro lado, informações irrelevantes ou que tenham uma menor relevância, que a polícia e o Ministério Público já possuam, ou que poderiam ser obtidas de forma simples, não justificam a concessão de vantagens ao interessado na delação.

Além da utilidade das informações e do cumprimento dos compromissos firmados, outro fator importante que influenciará nos possíveis benefícios que serão concedidos será o momento da realização do acordo. Nesse sentido, Wellington Saraiva nos ensina que:

“A delação pode ocorrer durante inquérito policial, investigação do Ministério Público, ação penal ou até depois dela. Como a lógica da delação está em o colaborador obter certas vantagens em troca das informações que fornecerá, as consequências da delação variam de acordo com o momento em que seja celebrada com o MP e com os crimes pelos quais o delator poderia ser responsabilizado.

Dessa forma, se o acordo de delação for celebrado antes de haver ação penal e o Ministério Público se convencer de que, em virtude dele, não deverá processar o delator, a decisão final sobre isso é do próprio MP. Isso ocorre porque, no Brasil, como na maioria dos países ocidentais, é o MP o titular da persecução penal (em virtude do artigo 129, inciso I,

da Constituição da República). Por isso, é dele a última palavra sobre a decisão de acusar alguém. Mesmo que o acordo de delação seja levado ao conhecimento de um juiz e este discorde da decisão de não processar o delator, a única providência que poderá tomar será aplicar o mecanismo do art. 28 do Código de Processo Penal e submeter o caso a órgão de revisão interna do próprio Ministério Público.

Se houver ação penal contra o delator, porém, a decisão final sobre a situação deste será do juiz, porque, uma vez processado, é do Poder Judiciário a decisão final sobre absolver ou condenar o delator e, neste caso, sobre a espécie de pena aplicável, sobre a quantidade de pena e sobre os benefícios aplicáveis à condenação (como o perdão judicial, a redução de pena, a suspensão condicional dela e o regime de execução da pena).

De acordo com o art. 4.º, § 5.º, da Lei 12.850/2013, o participante do crime pode realizar colaboração premiada mesmo depois da sentença que o houver condenado. Desde que ele traga elementos importantes para esclarecimento dos fatos e da participação de outras pessoas, o Ministério Público pode propor ao juiz que a pena seja reduzida pela metade ou que defira ao colaborador progressão do regime de cumprimento da pena.” [20]

Por fim, a lei estabelece a necessidade de homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Para isso, o juiz deve considerar a legalidade do acordo e a voluntariedade do colaborador. Caso necessário, pode intimar o colaborador para ouvi-lo, na presença do advogado. Se considerar que o acordo não atende à lei, pode negar homologação ou ajustar os termos do acordo à lei.

Após analisar todo o histórico do surgimento da colaboração premiada, bem como da Lei 12.850/2013 que regulamenta o instituto, podemos notar duas características essenciais e que estão sempre presentes nos acordos de colaboração premiada: a) a voluntariedade; b) a eficácia da colaboração, sendo ela capaz de indicar as outras pessoas envolvidas, trazer documentos que comprovem a sua materialidade do delito ou que possibilite a recuperação da vítima;

O instituto se mostra ainda mais necessário quando se trata de crimes de natureza associativa, em que possuem uma grande complexidade, que por vezes inclusive estende-se para além dos limites territoriais do Estado, fazendo necessário a utilização de mecanismos que possibilitem adentrar dentro de suas estruturas criminosas para, em seguida, desmantelá-las.<sup>[21]</sup>

Apesar da essencialidade e grande utilidade do instituto, a colaboração premiada não está imune a críticas, pelo contrário, muitas são as objeções tecidas a esta modalidade de “direito premial”.

Nesse sentido, em razão da forte identidade principiológica do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador e pela similitude dos institutos, entendemos que os pontos que serão vistos a seguir se aplicam perfeitamente aos acordos de leniência.

Grande parte das críticas se baseia na ideia de que essa forma de investigação estimula a traição e se baseia no egoísmo do criminoso que quer se beneficiar, delatando os comparsas. Assim, defendem que a colaboração seria um estímulo a traição, algo inaceitável do ponto de vista ético. Nesse sentido, Alberta Silva Franco leciona que:

“[...] a delação premiada, qualquer que seja o nome que se lhe dê, e quaisquer que sejam as consequências de seu reconhecimento, continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração legal da traição que rotula, de forma definitiva, o papel do delator.”<sup>[22]</sup>



Compartilhando desse mesmo entendimento e defendendo a inconstitucionalidade da delação, Roberto Soares Garcia aduz que:

“Exatamente por não se poder aceitar que o Estado pratique ou incentive a prática de atos anéticos ou imorais, é que não se pode admitir a delação como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou participa da prática de crime.

Ora, delação sempre é ato imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída.

Não se venha dizer que a delação feita por quem vive à margem da lei contra outros marginais pode ser considerada ética e/ou moral, pois mesmo este caso envolve necessariamente traição, violação às regras de conduta vigentes em determinada situação. É que a delação promovida por criminoso em desfavor de outro não apaga a aeticidade e/ou imoralidade intrínsecas à traição, não valendo, aqui, a regra que vige na operação matemática de multiplicação, em que ‘menos com menos dá mais’. (...) Por isso, além de ser totalmente inconveniente – pois incentiva conduta desagregadora, imoral e anética –, a chamada delação premiada mostra-se inconstitucional, incompatível com os princípios fundantes da sociedade brasileira, retratados na Constituição Federal de 1988.”[\[23\]](#)

Portanto, a crítica feita à delação se concentra em dizer que seria esse um método desprezível baseado na traição, seja pela sedução moral

de obtenção dos benefícios de redução da sanção penal ou extinção da punibilidade, seja pela coação psicológica, em virtude da alta possibilidade de seu envolvimento na prática delituosa ser descoberto ou delatado por outro participante.<sup>[24]</sup>

Como consequência da sedução moral e da coação psicológica, parcela da doutrina entende que *“seus resultados revelam-se suspeitos e duvidosos, eis que são imbuídos por uma inegável transgressão ética e moral. Assim, não se saberia ao certo se verdades são descobertas ou mentiras são fantasiadas, pois há uma desenfreada luta pelo reconhecimento do cumprimento do acordo de leniência a qualquer custo, para que o leniente, enfim, tenha alguma recompensa pela traição. Indubitavelmente, não há qualquer interesse do candidato à leniência em colaborar, de fato, com a justiça nem mesmo uma súbita conversão de seu espírito para o bem, com uma inesperada preocupação com aquilo que é verdadeiro e justo. O interesse, nesse caso, é sempre individual e egoísta”*.<sup>[25]</sup>

Todavia, em sentido contrário, a maior parte da doutrina entende ser essas críticas inconsistentes, sendo plenamente possível a utilização da colaboração premiada em nosso sistema jurídico. Assim, resumidamente, entendem que em prol dos interesses da sociedade, é mais apropriado obter informações de um criminoso arrependido do que manter a comunidade exposta ao crime. Nessa linha, pouco importa qual foi o motivo que levou o infrator a delatar, sendo meras adivinhações saber o que se passa na cabeça do delator, não devendo o direito renunciar à prova de crimes graves por causa dessas meras especulações.

Nesse sentido, Vladimir Aras de maneira precisa leciona que:

“Grande parte dos autores brasileiros incorrem em equívoco ao reduzir a colaboração processual a um arremedo do que ela realmente é. Percebemos que alguns desses doutrinadores, talvez no propósito de marcar o instituto com uma nódoa odiosa, procuram assimilar a colaboração premiada a uma simples delação, lançando sobre o colaborador a

pecha de “delator”, “dedo-duro” ou “alcaguete”. Esse é um grave equívoco, que não honra a honestidade intelectual que deve balizar o exame crítico desse polêmico instrumento processual, útil para a sociedade e para pessoas envolvidas em graves ocorrências criminais.

(...)

Ainda nessa linha, cabe verificar que o indivíduo maldosamente chamado de “delator” é sujeito processual como os demais réus, que merece o mesmo tratamento processual respeitoso e as mesmas garantias legais que os coimPLICADOS. Não temos dúvidas, portanto, de que nada há de vergonhoso em negociar a colaboração de um réu ou suspeito, se dessa colaboração advier algum benefício para a coletividade ou para a tutela da segurança pública, que é direito fundamental da pessoa humana, reconhecido nos artigos 5º e 6º, *caput*, da Constituição de 1988 e no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.”[\[26\]](#)

Ainda, em defesa da validade do instituto, Wellington Saraiva aduz que:

“Algumas pessoas fazem crítica invocando argumentos éticos à colaboração premiada. Afirmam que essa forma de investigação estimula a traição e se baseia no egoísmo do criminoso que quer se beneficiar, delatando os comparsas.

Essa crítica é inconsistente. Em uma democracia, na defesa do interesse da sociedade, é mais apropriado obter informações de um criminoso arrependido do que manter a comunidade exposta ao crime pelo pudor de arranhar uma suposta ética de

criminosos. Não interessa ao Direito se o depoimento de alguém foi dado com altruísmo, arrependimento genuíno, egoísmo ou vingança. Essa ordem de preocupações compete a psicólogos, religiosos e filósofos. Especulações sobre o que se passa na mente do delator serão quase sempre meros exercícios de adivinhação. Não se deve renunciar à prova de crimes graves por causa de especulações.

Em muitos crimes graves, apenas os próprios participantes serão capazes de fornecer elementos sólidos sobre como os fatos se passaram e qual foi o papel de cada participante. Por mais que as técnicas especiais de investigação tenham evoluído com o tempo, elas ainda são frequentemente incapazes de esclarecer esquemas criminosos complexos.

A adequação da colaboração premiada, porém, só existe no regime democrático, no qual existam mecanismos de controle judicial apropriados a evitar vinganças e perseguições inaceitáveis.”[\[27\]](#)

Assim, superando essa discussão da validade do instituto, é inegável reconhecer os avanços trazidos pela colaboração premiada para o desmantelamento de organizações criminosas. De maneira mais recente, podemos citar a grande importância do acordo de colaboração premiada celebrado pelo ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, em esquema de corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas na operação “Lava Jato”. Assim, graças à colaboração premiada, o esquema de corrupção na estatal está sendo desmantelado e os culpados estão sendo presos. Estima-se que, somente nesse caso da Petrobrás, os prejuízos pela corrupção giram em torno de 6,2 bilhões de reais e que, em virtude da colaboração, poderão ser aos poucos devolvidos.[\[28\]](#)

Portanto, podemos perceber que tanto o **Acordo de Leniência**, previsto pelo Direito Administrativo Sancionador, quanto a **Colaboração Premiada**, visto no âmbito Penal, possuem uma grande semelhança em

buscar aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, dificilmente seriam desvelados pelo Poder Público de maneira autônoma. Buscam romper o silêncio mafioso (*omertà*), e assim contribuir para a elucidação do crime, a punição dos responsáveis, a reparação do dano causado às vítimas e a preservação da ordem pública.

## 2.5. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção

O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção está tratado nos artigos 16 e 17, como forma da pessoa jurídica causadora do ato lesivo à Administração Pública abrandar a sua punição, que também poderá ser estendido para os atos previstos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993)[29]. Garantindo a cooperação do setor privado com setor público, o instituto se mostra fundamental para combater a corrupção que, como foi dito anteriormente, possui um *modus operandi* bem particular em que nem mesmo os poderes investigatórios mais agressivos (como a busca e apreensão e as interceptações telefônicas) são capazes de trazer aos entes públicos as provas necessárias para um processo acusatório bem-sucedido. Entretanto, veremos que a maneira como o Acordo de Leniência foi regulamentado não foi bem aceita por grande parte da doutrina especializada, surgindo críticas a respeito da própria atratividade do sistema.

Inicialmente, a Lei estipula que o Acordo de Leniência deve ser celebrado entre a pessoa jurídica responsável pela prática do ato lesivo e a autoridade máxima do órgão ou entidade. Em se tratando de atos lesivos contra a Administração Pública Federal e contra Administração Estrangeira, a Lei estabelece que será a CGU o órgão competente para a celebração dos acordos.[30]

Aqui a doutrina faz a primeira crítica: ao permitir que qualquer setor da pessoa jurídica lesada possa celebrar o acordo, não parece ser a medida mais adequada e eficiente. O ideal é que tais acordos se concentrassem nos órgãos de controle interno já existentes, assim como ocorre no âmbito federal em que a competência é da CGU. Nesse sentido, Carolina Barros e Rafaela Coutinho aduzem que delegar tal função para os

órgãos de controle interno garantiria uma maior efetividade nos acordos por possuírem uma melhor estrutura para sua celebração (funcionários que já foram treinados para essas funções), bem como poderia ser a solução para os casos em que a “autoridade máxima” estivesse envolvida no ato de corrupção, portanto, impedida de analisar imparcialmente os aspectos da celebração do acordo.[\[31\]](#)

Seguindo a análise da Lei, em seu artigo 16 ela traz os pressupostos para a celebração dos acordos: *I) que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II) que ela cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III) por fim, que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.*

Podemos perceber que, seguindo modelos internacionais e a própria lei do CADE, o legislador utilizou o critério do primeiro colaborador, conhecido como “*first serve, first come*”. Dessa forma, é vedado um segundo Acordo de Leniência caso já exista um anterior. Essa previsão é muito importante, pois, como já foi dito anteriormente, estimula o “vírus da instabilidade”, assim, como somente um será beneficiado pelo acordo, faz com que gere um estímulo à corrida pelo primeiro acordo, sob pena de demorar muito e o outro comparsa delatar antes.

Por outro lado, pecou o legislador em não prever um modelo de “sistema de senhas”, o qual é utilizado de maneira bem-sucedida no programa de leniência do CADE. Por meio desse sistema, o interessado pode “reservar o seu lugar na fila” na condição de que ele apresente as informações e documentos requisitados pela autoridade em no máximo 30 dias. Evita-se, portanto, uma possível discussão em torno de quem chegou primeiro, algo que é relativamente comum quando temos esquemas de corrupção na iminência de serem descobertos.

Nesse ponto, a doutrina também critica a ausência de previsão dos programas de Leniência Plus (*Amnesty Plus*), que, da mesma forma

que o “sistema de senhas”, é também utilizada de maneira exitosa pela esfera antitruste brasileira. Por meio da Leniência Plus, eventual interessado que não se qualificar para um Acordo de Leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a Superintendência-Geral não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração, na medida de sua cooperação com as investigações[32]. Assim, gera-se uma exceção à regra do “*first come, first serve*”, o que nos parece ser extremamente útil para a investigação de outros casos de corrupção.

Outra previsão que, apesar de não possuir uma relação direta com o acordo de leniência, poderia ser bastante útil no combate à corrupção é a figura do “*whistleblower*” (sopradores de apito). O programa do *whistleblowers* consiste em estipular recompensas para as pessoas que levarem às autoridades públicas informações relevantes a respeito de casos de corrupção, de má gestão, de ilegalidades ou de algum outro tipo de delito cometido no âmbito da atividade empresarial. A expressão surge como uma referência ao árbitro, cuja função é de coibir as jogadas ilegais praticadas pelos jogadores por meio do sopro do apito. Assim, por meio de incentivos econômicos, o Estado estimula que as pessoas delatem esquemas de corrupção, em uma clara ideia de que quanto mais pessoas estiverem interessadas em colaborar com a Administração Pública, mais difícil e desestimulante será agir illicitamente. A exemplo dos Estados Unidos, que já regulamenta e protege a atuação dos *whistleblowers* há algum tempo, o Brasil vem demonstrando interesse no tema.

Voltando a analisar a Lei, as vantagens para quem celebra o Acordo de Leniência podem ser encontradas no §2º do artigo 16. Dessa forma, analisando a sua literalidade, a celebração do Acordo de Leniência confere os seguintes benefícios à pessoa jurídica: 1) *ficará isenta da sanção de publicar a decisão condenatória (art. 6º, II, da Lei)*; 2) *não ficará proibida de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público (art. 19, IV)*; 3) *continuará*

tendo que pagar a multa, no entanto, este valor poderá ser reduzido em até 2/3 [33]. Ademais, prevê a Lei que os efeitos do Acordo de Leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. Vale mencionar que, mesmo celebrando o acordo, a pessoa jurídica deverá reparar integralmente o dano causado à Administração Pública[34].

É justamente quanto aos seus efeitos do Acordo de Leniência que a doutrina concentra suas críticas mais contundentes. Inicialmente, a Lei não menciona os efeitos penais do acordo, assim, é mantida a possibilidade de persecução, na esfera penal, de todos os envolvidos no ato de corrupção, inclusive aqueles que colaboraram efetivamente com as investigações por meio do acordo de leniência. Nesse sentido, assevera Thiago Marrara que:

“Como já se demonstrou no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a ausência de benefícios penais amplos pode ser fatal ao programa, pois o Ministério Público ganhará espaço para usar as leniências no intuito de obter condenações penais contra pessoas físicas (por exemplo, administradores das empresas), além de reparações por danos na esfera civil”. [35]

Dessa forma, criou-se uma situação em que a pessoa jurídica poderá receber benefícios decorrentes da celebração do acordo, mas a pessoa física envolvida, não, afastando, portanto, o seu interesse em auxiliar a Administração Pública na investigação dos crimes[36]. Como esclarece João Marcelo Rego Guimarães, a celebração de Acordo de Leniência demanda uma atuação proativa de uma pessoa física que deverá “apontar os culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações (...) quanto mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficará eventual sanção pecuniária a ser imputada à pessoa jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera criminal”. [37]



Assim, não há motivação para que a pessoa física colabore com a administração, o que fará com que esses acordos dependam apenas dos procedimentos de investigação interna das pessoas jurídicas envolvidas. Dessa forma, em casos em que o alto escalão da empresa estiver envolvido com o ato, elas não terão incentivos para a celebração dos acordos de leniência.

Ainda quanto aos efeitos, a Lei não prevê a imunidade total na esfera administrativa como ocorre no campo antitruste. Assim, mesmo após a celebração do acordo, o agente poderá sofrer a penalidade de multa, sem, entretanto, ter a garantia de um patamar mínimo de diminuição, apenas de um limite máximo (até 2/3)[38]. Outrossim, a leniência não impede que o Ministério Público, com base no art. 19 da Lei nº 12.846/2013, ajuíze ação para determinar o perdimento de bens, direitos ou valores, a suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica ou até mesmo sua dissolução compulsória.

Além disso, a pessoa jurídica colaboradora não estará isenta de ser responsabilizada civil ou administrativamente por meio de outras leis que também se baseiam na promoção dos mesmos bens jurídicos que a Lei Anticorrupção, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e o Controle de Contas (no âmbito federal, regido pela Lei nº 8.443/92).

Como ultima crítica aos seus efeitos, a pessoa jurídica, a depender da sua extensão e atuação, poderá responder pelo mesmo fato em jurisdição brasileira e também em jurisdição estrangeira. Isso ocorre porque as leis que visam combater a corrupção tem uma aplicação extraterritorial; assim, além de ser aplicada a Lei Anticorrupção do país da vítima dos atos lesivos, também será aplicada a Lei do país de origem da empresa infratora[39]. Exemplificando, se uma empresa brasileira pratica atos de corrupção na Inglaterra, além de sofrer as sanções previstas no *Bribery Act* do Reino Unido, sofrerá também as consequências da Lei Anticorrupção brasileira. E onde entra aqui o efeito desestimulante do Acordo de Leniência? Bem, como uma das exigências para realização do acordo é a confissão da empresa na participação dos ilícitos, esta poderá ser utilizada como prova emprestada pelos países estrangeiros para punir

a empresa colaboradora. Ademais, dificilmente tais países aceitarão como argumento defensivo o *bis in idem*, já que prezam por afirmar sua soberania, independentemente se essas empresas infratoras já foram punidas ou não por outros países.

Nesse sentido, realizando uma análise do *bis in idem* como argumento de defesa utilizada no âmbito internacional, Renata Ribeiro Baptista aduz que:

“A despeito de a segurança jurídica ser um princípio geral de direito assim tido pela sociedade internacional, é extremamente difícil conceber a ideia que determinado Estado deixe de lado, ainda que pontualmente em nome de um valor jurídico maior; seu *ius puniendi* porque, em face do mesmo fato, outro Estado já agiu. O exercício do *ius puniendi* é um aspecto relevante da soberania.”<sup>[40]</sup>

Superando a crítica e continuando na análise da Lei, é previsto que a colaboração da pessoa jurídica deve ser eficaz, ou seja, é necessário que a pessoa jurídica colabore efetivamente com as investigações e com o processo, devendo realizar a identificação dos demais envolvidos na infração (quando couber) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ademais, no Acordo de Leniência serão estipuladas as condições necessárias para que seja assegurada a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

Assim, não basta que o colaborador lance acusações a esmo contra os corréus ou partícipes dos atos de corrupção; é necessário que essas informações sejam úteis e sua colaboração seja realmente eficaz para o desmantelamento da organização criminosa. Dessa forma, como já visto, informações que a polícia e o Ministério Público já possuam ou que poderiam ser obtidas de forma simples, não justificam a realização do acordo.

Nesse ponto, o Ministério Público condena a realização de qualquer Acordo de Leniência sem a sua prévia manifestação enquanto estiver em andamento colaboração premiada sobre o mesmo fato

delituoso. Isso porque, ao realizar uma colaboração premiada, o Ministério Público passa a ter acesso a várias informações que durante a realização das colaborações devem ficar sob sigilo, porém, depois de concluídas, poderão ser utilizadas pelos demais órgãos para que façam suas respectivas responsabilizações. Assim sendo, caso a CGU (ou outro órgão competente para o acordo) resolva firmar os acordos de leniência durante a realização das colaborações premiadas, poderão aceitar informações como úteis e relevantes, quando na verdade não são, pois já eram conhecidas pelo Ministério Público. Ou seja, o órgão do Executivo poderá comprar “gato por lebre” ao realizar de maneira precipitada tais acordos. Dessa forma, enquanto estiver em andamento colaboração premiada, o órgão responsável pelos acordos de leniência deverá esperar o fim do seu sigilo para que tenha acesso às informações colhidas ou, caso queira realizar logo os acordos, deverá garantir a manifestação do Ministério Público para que afirme a utilidade ou não das informações apresentadas pelo delator.[\[41\]](#)

Caso o órgão responsável entenda que as informações trazidas não serão úteis, o acordo não será celebrado. Assim, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do Acordo de Leniência (art.16, §7º da Lei 12.846/2013 e art. 35 do decreto 8.420/2015). Dessa forma, busca-se estimular a realização dos acordos, garantindo aos futuros delatores uma segurança de que, caso não seja celebrado o acordo, eles não sairão prejudicados.

Ainda, a Lei garante sigilo durante a realização dos acordos, prevendo que a proposta de Acordo de Leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo (art.16, §6, Lei nº 12.846/2013). No âmbito federal o sigilo também foi previsto de maneira expressa no Decreto nº 8.420/2015, em seu art. 30, §1º, estipulando que:

“A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela

Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União”

Por fim, a Lei prevê que realização do Acordo de Leniência interrompe o prazo prescricional. E caso a empresa colaboradora não cumpra o acordo, o processo será reiniciado e a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento.

### 3. Conclusão

Em razão de tudo que foi exposto, entendemos que o Acordo de Leniência é um importante e robusto instrumento introduzido pelo legislador no combate à corrupção. Não temos dúvidas que se trata do mecanismo mais eficiente para o desbaratamento de crimes complexos, que possuem características únicas e operam de maneira bem particular. Entretanto, não podemos deixar de concordar com algumas das críticas que foram aqui apresentadas. É imprescindível torná-lo mais atrativo. Ora, que pessoa jurídica confessaria uma infração para obter uma obscura redução da multa e ter, em contrapartida, a responsabilização penal de seus funcionários, a punição em outras esferas administrativas, a punição em jurisdição estrangeira e, em alguns casos, ter a sua dissolução compulsória decretada?

São poucas as situações nas quais enxergamos o Acordo de Leniência como algo realmente vantajoso para a empresa, a exemplo dos casos em que a pessoa jurídica possui uma íntima relação com a Administração Pública, seja prestando serviços ou recebendo empréstimos e incentivos. Nesses casos, o Acordo de Leniência pode representar uma salvação para que a empresa continue atuando no mercado. Porém de maneira geral entendemos que o programa possui alguns pontos que necessitam ser calibrados.

Sabemos que os indivíduos, conforme visto no dilema do prisioneiro, agem sempre em busca de maximizar os seus resultados individuais; assim, necessitam ser atraídos por benefícios realmente vantajosos. O delator, na maioria dos casos, não colabora com a Administração Pública porque se arrependeu dos seus atos ou porque foi acometido por um senso de honestidade; ele colabora porque enxerga na delação uma maneira de melhorar a sua situação concreta. Portanto, sem uma boa recompensa, dificilmente o infrator será convencido a “mudar de lado”.

Portanto, a pergunta que se faz é: como deixar o Acordo de Leniência mais atrativo?

Inicialmente, não temos dúvidas de que é necessário que haja uma cooperação entre as diversas instituições responsáveis pelo combate à corrupção. Por meio dessa integração, torna-se possível a aplicação simultânea (porém de maneira separada) dos mais diversos instrumentos que beneficiam o infrator. Assim, ao constatar que foi realizado determinado ato de corrupção na esfera federal, a empresa poderá realizar, de maneira simultânea, o Acordo de Leniência com a CGU; o TAC, em relação às medidas civis [42], com o Ministério Público; e o Acordo de Leniência com o CADE, a depender da infração. Além disso, os funcionários envolvidos poderão realizar acordos de colaboração premiada e transações penais com o Ministério Público. Ou seja, por meio de uma atuação conjunta dos mais diversos órgãos, o colaborador passa a ter a garantia de que será realizado acordos e transações nas mais diversas frentes de responsabilizações, tornando sua a colaboração algo extremamente vantajosa. Resolve-se igualmente o problema da pessoa física não ser também beneficiada, já que com a realização de acordos de colaboração premiada ela poderá ter sua imunidade na esfera penal.

Portanto, a primeira saída para tornar o Acordo de Leniência da Lei 12.846/13 mais atrativo é garantir a cooperação entre os diversos órgãos responsáveis pelo combate à corrupção. Vale destacar que, conforme lembra Nicolao Dino, essa cooperação não deve ser vista apenas como fruto da boa vontade das instituições, pois trata-se de uma exigência internacional. Nesse sentido, a Convenção de Mérida, que foi ratificada

pelo Decreto Legislativo nº 348, determina em seu artigo 39 que os órgãos estatais e o MP deverão agir de maneira integrada no combate à corrupção. Portanto, a atuação conjunta de toda a Administração Pública vai além de uma mera liberalidade das instituições; é algo que já vem sendo exigido há anos no plano internacional.[\[43\]](#)

Dessa forma, com a atuação integrada, busca-se garantir uma melhor resposta estatal à corrupção, além de tornar o Acordo de Leniência algo mais vantajoso para o colaborador, que passará a ter uma segurança de que toda a Administração Pública estará em sintonia com o que está sendo garantido ao colaborador.

Resolvendo-se a questão da imunidade na esfera penal e a punição do colaborador em outras esferas administrativas, como fazer com que o Acordo de Leniência da Lei 12.846/2013 tenha as ferramentas do bem-sucedido Acordo de Leniência do CADE?

Acreditamos que para essa questão duas saídas se apresentam. A primeira e mais clara seria que tais ajustes fossem realizados pelo Poder Legislativo. Assim, por meio de alteração legislativa, seria possível trazer ao nosso Acordo de Leniência as práticas bem-sucedidas de outros modelos, como aqueles já vistos no sistema americano e na própria Lei do CADE. De fato, seria esse o melhor caminho, porém, como todos sabemos, o Legislativo é uma esfera política que possui um ritmo próprio e atua conforme os seus interesses, fazendo com que essa saída se torne extremamente demorada.

Um segundo caminho para garantir uma maior efetividade ao Acordo de Leniência passa pela indeclinável compreensão de que estamos diante de um **microssistema de promoção da integridade pública**[\[44\]](#). Nele estão inseridos a própria Lei Anticorrupção (12.846/2013), a Lei do CADE (12.529/2011), a Lei do Impeachment (1.079/1950); a Lei da Ação Popular (4.717/65); a Lei de Improbidade Administrativa (8429/1992); a Lei de Licitações e Contratos (8.666/93); a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/1998); entre outras. Assim, entende mais uma vez Nicolao Dino que, por estarem inseridas em um microssistema, é fundamental que se dê uma interpretação sistêmica e integrada a todas essas normas.[\[45\]](#)

Destarte, por meio deste microssistema, almeja-se a reunião ordenada das normas e princípios que possuem o propósito de promover a integridade pública, permitindo uma interpretação coerente e racional do sistema.

Dessa forma, por meio de uma interpretação sistemática, seria possível, por exemplo, a aplicação analógica dos instrumentos bem-sucedidos de outras leis que compõe o microssistema, como os da Lei do CADE e os da Lei Anticorrupção. Assim, poderíamos resolver algumas falhas já vistas, como a necessidade do “Sistema de Senhas” e da “Leniência Plus”.

Por fim, por tudo que foi dito, acreditamos que a solução para se garantir o aparelhamento do Acordo de Leniência com instrumentos eficazes e assegurar a sua atratividade passa pelo único caminho da cooperação efetiva entre os mais diversos órgãos no combate à corrupção e na inevitável compreensão de que a Lei nº 12.846/2013 está inserida, junto com várias outras normas, dentro do microssistema de promoção da integridade pública e como tal necessita de uma interpretação integrada e sistemática.

### **Bibliografia**

BAPTISTA, Renata Ribeiro. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 3 Edição, 2009. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf) >. Acessado em: 25/01/2018.

CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRIFFIN, James M. A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The modern leniency program after ten years. Disponível em . Acessado em 22 de janeiro de 2018.

LAUAND, Marina de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2008.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira ( Lei nº 12.846/2013). In: Revista Controle, Volume XI, Nº2, dezembro 2013.

MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>> Acessado em: 19/01/2018.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafio do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013. Revista do Advogado. Dezembro de 2014. Nº 125. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162755\\_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162755_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf)>. Visitado em: 18/01/2018.

MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4, 2013.

MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em . Acessado em 22 de janeiro de 2018.

MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em . Acessado em 22 de janeiro de 2018.



OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, pp. 22/33, ago., 2007.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, P.25, ago., 2007.

SALOMI, Maíra Beauchamp. O ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS REFLEXOS PENAIIS. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012.

SARAIVA, Wellington. Colaboração Premiada ( Delação Premiada). Disponível em: < <http://wsaraiva.com/2014/09/20/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada>> Acessado em: 28/01/2018.

SPRATLING, Gary G. Cornerstones of an effective leniency program (2004). Disponível em .Apud RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, pp. 22/33, ago. 2007

#### NOTAS:

[1] CARVALHO, Paulo Roberto. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.39

[2] MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptcao-permite-inimigo-vire-colega>> Acessado em: 19/04/2015.

[3] MARTINEZ, Ana Paula. Desafio do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013. Revista do Advogado. Dezembro de 2014. Nº 125. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162755\\_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162755_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf)>. Visitado em: 18/04/2015.

[4] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Páginas 41/42.

[5] MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>> Acessado em: 19/04/2015.

[6] MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em . Acessado em 22 de abril de 2015.

[7] RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, pp. 22/33, ago., 2007.

[8] GRIFFIN, James M. A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The modern leniency program after ten years. Disponível em . Acessado em 22 de abril de 2015.

[9] SPRATLING, Gary G. Cornerstones of an effective leniency program (2004). Disponível em . Apud RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, pp. 22/33, ago. 2007

[10] MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em . Acessado em 22 de abril de 2015.

[11] SALOMI, Maíra Beauchamp. O ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS REFLEXOS PENAIIS. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012.

[12] RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 862, v. 96, P.25, ago., 2007.

[13] CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 3 Edição, 2009. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf) >. Acessado em: 25/04/2015.

[14] CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. 3 Edição, 2009. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf)>. Acessado em: 25/04/2015.

[15] Utilizaremos a expressão colaboração premiada, ao invés de delação premiada. Apesar de ser mais difundida esta expressão do que aquela, compartilhamos do mesmo pensamento de Vladimir Aras, que entende que a expressão delação premiada carrega uma “carga simbólica de preconceitos”, além de não ser capaz de descrever “toda a extensão do instituto, que não se limita à mera *delatio*”. (ARAS, Vladimir. A técnica da colaboração premiada. Publicado em 7 de janeiro de 2015. Disponível em: < <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada>> Visto em: 27/04/2015.

[16] LAUAND, Marina de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2008. p.49

[17] MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4, 2013.

[18] MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4, 2013.

[19] No caso de colaboração como agente infiltrado, Vladimir Aras assevera que é necessária autorização judicial específica para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação, o colaborador e o agente infiltrado. Normalmente, o infiltrado ou *undercover* é um servidor policial ou um agente de inteligência, cuja identidade é mantida em sigilo. No entanto, em casos especiais, o réu ou investigado colaborador pode manter-se infiltrado no esquema criminoso, para obtenção de provas (inclusive por escutas ambientais) enquanto os órgãos de persecução delimitam a atuação dos outros coautores. (ARAS, Vladimir. A técnica da colaboração premiada. Publicado em 7 de janeiro de 2015. Disponível em: < <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada>> Visto em: 28/04/2015.)

[20] SARAIVA, Wellington. Colaboração Premiada (Delação Premiada). Disponível em: < <http://wsaraiva.com/2014/09/20/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada>> Acessado em: 28/04/2015.

[21] FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. P.267

[22] FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[23] GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. Boletim IBCCRIM, no 159, fev./2006. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2015.

[24] SALOMI, Maíra Beauchamp. O ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS REFLEXOS PENAIIS. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012.

[25] MARCÃO, Renato. Delação premiada. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, ano VI, no 35, pp. 160/163, dez./jan., 2006.

[26] ARAS, Vladimir. A técnica da colaboração premiada. Publicado em 7 de janeiro de 2015. Disponível em: < <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada>> Visto em: 28/04/2015.

[27] SARAIVA, Wellington. Colaboração Premiada ( Delação Premiada). Disponível em: < <http://wsaraiva.com/2014/09/20/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada>> Acessado em: 28/04/2015.

[28] Mais detalhes sobre o caso em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/index.html>

[29] Com extensão dos efeitos, a empresa poderá ser isenta de todas as sanções previstas na Lei 8.666/93. Dessa forma, como consequência principal, a empresa poderá não ser declarada inidônea, ou seja, estará apta para continuar contratando com o Poder Público.

[30] No âmbito federal, conforme prevê o artigo 28 do decreto 8420/2015, a CGU poderá, no mesmo acordo de leniência, não só realizar acordos relativos aos ilícitos previstos na à Lei 12.846/2015, como também aqueles previstos na Lei 8.666/1993, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções.

[31] FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. P.270

[32] CADE. Programa de Leniência. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1313151be120e079cf71c6>> Acessado em: 11/05/2015.

[33] No âmbito federal, além dessas vantagens descritas, poderá ser concedido à pessoa jurídica colaboradora isenção ou atenuação das

sanções administrativas previstas nos [art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993](#), ou de outras normas de licitações e contratos ( inciso IV, artigo 40, decreto 8420/2015).

Também vale mencionar a interessante previsão do Decreto nº 55.107/2014, do município de São Paulo. Ele prevê que se a empresa infratora procurar a Administração Pública antes de serem feitas qualquer investigação, poderá ter sua multa diminuída até 2/3. Por outro lado, caso o acordo de leniência seja realizado após a ciência da instauração dos procedimentos de investigação, poderá ter sua multa reduzida somente até 1/3 (art.31, §3º). Dessa forma, seu objetivo é estimular que as empresas realizem os acordos o quanto antes. Ainda no decreto, ele prevê que as multas recolhidas serão aplicadas em um fundo municipal utilizado para custear, exclusivamente, a educação e a saúde (art.43).

[34] Muitos especialistas entendem, entre eles o ex-Ministro Jorge Hage, da CGU, que a reparação integral do dano é um requisito essencial para que a Administração Pública possa celebrar o acordo. Vale mencionar ainda que, diferentemente das demais sanções previstas na Lei, essa é imprescritível, em razão do próprio artigo 37, §5º, da CF.

[35] MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega>> Acessado em: 19/04/2015.

[36] FIDALGO, Carolina Barros. CANETTI, Rafaela Coutinho. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. P.275

[37] MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira ( Lei nº 12.846/2013). In: Revista Controle, Volume XI, Nº2, dezembro 2013.

[38] Quanto a essa crítica, não concordamos integralmente com ela. Nesse sentido, enxergamos com bons olhos a previsão de diminuição (e não extinção) das penas de multa com a celebração do acordo de leniência. Assim, a sua não isenção total estimula a as empresas a criarem programas de compliance em busca de uma redução maior das penalidades. Caso já fosse garantido uma imunidade total a essas empresas pela simples realização dos acordos, elas não teriam incentivos nenhum em criarem um bom programa de *compliance*. Dessa forma, a empresa que possui um programa de *compliance* estruturado já garante uma diminuição significativa do valor da multa, além disso, caso ela realize o acordo de leniência, terá uma redução ainda maior do valor, chegando ao final a um montante relativamente baixo.

[39] Para exemplificar, em um estudo comparado, a *Bribery Act* do Reino Unido (UKBA) prevê sua aplicação para atos praticados no exterior caso seja realizados por cidadãos residentes ou empresas nacionais. Ademais, a mesma legislação estipula que os crimes de “*falhar na prevenção da corrupção*” serão aplicados quando realizados no exterior, bastando que a empresa mantenha negócios em território britânico. Por outro, *Foreign Corrupt Practices Act* dos Estados Unidos (FCPA) prevê que suas normas serão aplicadas no exterior se os atos de corrupção possuírem alguma forma de comunicação ou comércio com o país. Também será aplicado a FCPA quando os atos praticados no exterior sejam realizados por cidadãos ou empresas nacionais. Por fim, nossa legislação prevê em seu artigo 28 estipula que “*a Lei será aplicada aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior*”.

[40] BAPTISTA, Renata Ribeiro. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. P.118

[41] Nesse sentido: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/04/janot-pede-para-que-ministerio-publico-de-aval-sobre-acordos-de-leniencia.html>>

[42] Assim como alguns especialistas, acreditamos ser possível a realização de TAC com o Ministério Público em relação as medidas civis tratadas na Lei nº 12.846/2013. Isso porque, em seu artigo 21, a Lei prevê que na responsabilização judicial será utilizado o rito da Ação Civil Pública, a qual é plenamente compatível com o TAC.

[43] Conferência da Lei da Empresa Limpa. Painel sobre cooperação e acordo de leniência. Apresentado em 19 de novembro 2014. Disponível em:

[44] Expressão sugerida por Vladimir Aras (ARAS, Vladimir. A nova Lei Anticorrupção Brasileira. 30 jan. 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/01/30/a-nova-lei-anticorrupcao-brasileira>>. Acessado em 10/03/2015)

[45] Conferência da Lei da Empresa Limpa. Painel sobre cooperação e acordo de leniência. Apresentado em 19 de novembro 2014. Disponível em:

## **A PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

**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 objetiva abordar as relações entre o direito interno e o direito internacional, bem como as soluções possíveis para a escolha do direito aplicável a situações específicas relacionadas à matéria tributária.

---

### **A soberania e a posição dos tratados internacionais em face do direito interno**

Antes do enfrentamento da questão atinente à relação entre os tratados internacionais e o direito interno é necessário estabelecer como premissa que a releitura da soberania estatal possui influência direta no tratamento do direito internacional em face do direito interno.

De primeira mão, deve-se entender por soberania o atributo que os Estados possuem de fazer valer suas determinações em relação aos seus nacionais e no âmbito de seu território, produzindo normas cogentes e aplicáveis a todos que possuam um elemento de conexão com o referido Estado.

Em que pese existirem autores que defendam que a soberania representa um poder estatal absoluto e ilimitado, acreditamos que até mesmo a soberania possui limites. Estes podem ser identificados tanto nos compromissos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, como na própria finalidade de um Estado como sendo uma organização que vise a um bem comum (seria impossível, assim, um Estado cuja constituição elencasse como objetivo fundamental a eliminação de nacionais que professem determinado credo, ou que possuam determinada característica física).

O professor Heleno Taveira Tôrres bem expressa essa ideia:

“O termo soberania, aplicado aos domínios institucionais do direito, exprime um poder geral, mas não ilimitado e absoluto, como usam dizer alguns, por encontrar-se sujeito a limites muito claros, esculpido juridicamente. Além das limitações de ordem constitucional, estão aqueles entabulados pela ambiência interestatal ou supra-estatal. De fato, costumes do direito internacional, as próprias convenções internacionais ratificadas, as soberanias alheias, em atendimento e respeito à independência nacional alheia, à autodeterminação dos povos, ao princípio da não-intervenção, à defesa da paz e à igualdade entre os Estados, bem como os princípios gerais do direito das gentes, prevalência dos direitos humanos e repúdio ao terrorismo e ao racismo, dentre outros, são claros exemplos de limites à soberania na ambiência interestatal. Em relação ao âmbito supra-estatal, encontramos os limites estabelecidos por organizações supranacionais ou em regime de cooperação e integração, como ONU, EU, OCDE, etc.”<sup>[1]</sup>

Também está entre aqueles que repensam o conceito de soberania o professor José Souto Maior Borges:

“o conceito tradicional de soberania se coloca em questionamento: ou (a) é mantido tal como tradicionalmente concebido pela doutrina, um poder absoluto e incontestável e nesse caso não será possível ao ordenamento internacional ou comunitário exercer o primado sobre a ordem interna nacional ou (b) será flexibilizada a soberania para atender às circunstâncias emergentes da convivência interestatal e necessárias à instauração do direito comunitário. Não resiste às exigências dos tempos novos o



conceito tradicional de soberania. E muito menos sobrevive a noção doutrinária da soberania, pré e extraconstitucional, à sua estruturação na CF e seu regime jurídico-positivo. Por maior que seja a sua indeterminação, o de soberania é conceito constitucional (CF, art. 1º, I) e portanto jurídico-positivo”[\[2\]](#)

Ou seja, a soberania estatal não é um conceito lógico-jurídico, mas sim jurídico-positivo, que pode ser delineado com uma certa dose de liberdade pelo direito positivo interno, no caso a Constituição Federal. Sendo assim, a própria Constituição previu limitações à soberania, como a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, e o *status* de emenda constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo mesmo procedimento das emendas à Constituição.

Há, portanto, uma conformação específica da soberania, que não significa uma prevalência do direito interno em todo e qualquer caso, uma vez que se admite a superação de normas internas por tratados internacionais, o que se entende estar de acordo com a Constituição.

E é justamente a concepção de soberania que se adota que irá guiar a posição a respeito da relação entre o direito interno e o direito internacional. Caso se entenda que a soberania exige uma superioridade das decisões tomadas pelo Congresso sem qualquer interferência ou participação da comunidade internacional, os tratados internacionais terão uma influência diminuta no ordenamento jurídico interno do Estado. Por outro lado, caso se compreenda que a soberania não é prejudicada pela confluência de vontades no âmbito internacional, e que os compromissos firmados mediante negociações externas que envolvem cessões e concessões devem ser respeitados no âmbito interno, os tratados deverão ser observados pela legislação interna. Para esta orientação que não admite a vulneração dos compromissos internacionais pelo direito interno, não há que se falar em paridade hierárquica entre tratados e leis internas, mas sim em primado dos tratados.

Alberto Xavier expressa a questão da seguinte maneira:

“(...) para as correntes que só admitem a vigência dos tratados internacionais uma vez transformados em lei interna, a paridade hierárquica também se impõe como corolário lógico, pois o tratado passaria a vigorar com a mesma força de lei transformadora. (...) A tese da paridade hierárquica entre tratado internacional e lei interna (à qual a teoria dualista deu a explicação dogmática mais acabada) serve, evidentemente, aos interesses dos Estados que não desejam um constrangimento duradouro à livre expressão da sua soberania interna (...)”<sup>[3]</sup>

O referido autor defende que os tratados internacionais devem ser observados pela legislação interna em face do princípio *pacta sunt servanda*. Tal dever de observância seria aplicável em relação a qualquer tratado internacional, independentemente da matéria a ser tratada. Tal posição teria mais força a partir de 2009, quando o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual prevê, em seu artigo 27, que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. E até mesmo antes da ratificação desta Convenção, a Constituição já estabelecia a prevalência dos tratados:

“A verdade, porém, é que não é exata a premissa de que a Constituição Federal de 1988 seja silente, omissa ou lacunar sobre a questão da posição relativa de lei ordinária em face do tratado internacional. Duas disposições de caráter especial apontam inequivocamente no sentido da superioridade hierárquica dos tratados. Uma é a que consta do art. 178, segundo a qual ‘a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreos, aquáticos e terrestres, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade’.

Outra é o art. 52 do ADCT, que estabelece que as vedações a que se refere, em matéria de mercado financeiro, não se aplicam às autorizações resultantes de acordos internacionais. Ora, seria absurdo entender que o dever de 'observância' ou de 'aplicabilidade' se restringisse na ordem constitucional ao setor dos transportes internacionais e ao setor financeiro."<sup>[4]</sup>

Em sentido diverso, o Plenário do STF, na ADI 1.480, decidiu pela paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis ordinárias, não admitindo que aqueles prevaleçam sobre estes:

*(...) - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo*

Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - *No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.* O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - *Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-*

*se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (...)*  
(ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO,

Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001) (grifamos).

Acreditamos, porém, que a razão está com Alberto Xavier, no ponto em que afirma que a Constituição possui implicitamente uma orientação para que os tratados internacionais sejam observados pela legislação interna.

O artigo 4º da nossa Constituição prevê expressamente que a autodeterminação dos povos (inciso III), a igualdade entre os Estados (inciso V), e a solução pacífica dos conflitos (inciso VII) são princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. A autodeterminação dos povos e a igualdade entre os Estados impõem que nenhum Estado pode ser compelido a um compromisso internacional sem que isso seja de sua própria vontade. Uma vez obrigando-se por sua própria vontade, contudo, o Estado não pode simplesmente trair a confiança dos outros entes envolvidos, eximindo-se de suas obrigações e legislando em sentido oposto ao que se convencionou.

O princípio que consagra a solução pacífica dos conflitos veda a violação unilateral e arbitrária de convenções internacionais. Eventual discordância posterior aos termos pelos quais o país se obrigou devem ser resolvidos pela forma acordada, com a comunicação das partes envolvidas, e não por atitude isolada e contrária ao espírito consensual que originou o compromisso até então em vigor.

Caso a soberania fosse fundamento para que a República se considere desobrigada a cumprir os acordos internacionais mediante o processo legislativo interno, outros princípios previstos no artigo 4º da Constituição estariam ameaçados, como o combate ao terrorismo (inciso VIII) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX). A mera probabilidade de o Brasil não cumprir suas obrigações internacionalmente assumidas pode inviabilizar as ações conjuntas tão cruciais nos tempos de globalização e abertura econômica.

Por fim, deve-se mencionar ainda a possibilidade de os tratados internacionais serem equiparados a emendas constitucionais, adquirindo assim o *status* de norma constitucional. Trata-se da hipótese prevista no

parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal<sup>[5]</sup>, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Após a edição da Emenda Constitucional 45, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados de direitos humanos que não sejam submetidos ao rito legislativo das emendas constitucionais possuem *status* supralegal. No RE 466.431, o Plenário do STF entendeu que tratados internacionais de direitos humanos possuem posição hierárquica superior às leis, e inferior à Constituição. Contudo, no caso em questão o tratado acabou por derogar norma constitucional que previa a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

De todas as variantes existentes a respeito da posição dos tratados internacionais no direito brasileiro, um consenso mínimo é possível: o de que os tratados devem se submeter à Constituição. Mesmo nos casos em que o tratado terá *status* constitucional, assim o será por determinação da Carta Maior. O art. 102, III, “b” da CF prevê expressamente o controle de constitucionalidade de tratados, como bem observou Luís Eduardo Schoueri:

“De início, pode-se afirmar que, no ordenamento brasileiro, um tratado não pode contrariar a Constituição. Tal afirmativa se extrai da alínea ‘b’ do n. III, do art. 102 da CF (...) Foi reconhecida, pelo próprio constituinte, a possibilidade de um tratado ser inconstitucional, de onde se pode extrair a conclusão de que o texto da norma internacional que contrariar dispositivo da Carta será taxado de inconstitucional. Daí, portanto, a colocação da Constituição, hierarquicamente acima dos tratados internacionais.”<sup>[6]</sup>

Traçado um panorama geral sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais em relação ao direito interno, voltaremos nossa atenção para a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária e a legislação interna.

### **O artigo 98 do CTN e a posição dos tratados em matéria tributária**

Quando se estuda a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária e o direito interno, deve-se ter em mente que o Código Tributário Nacional prevê expressamente qual seria a posição dos tratados. Assim dispõe o artigo 98 do Código: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Preliminarmente ao exame do conteúdo do dispositivo, deve-se questionar se a legislação infraconstitucional é apta a regular as relações entre o direito internacional e o direito interno.

Em que pese o CTN ser considerado uma norma geral em matéria tributária, acreditamos que uma lei complementar não poderia disciplinar o modo como leis ordinárias e complementares devem ser aplicadas quando em confronto com os tratados internacionais. É que apenas a Constituição poderia prever a possibilidade de uma espécie legislativa prevalecer sobre outra. Não julgamos acertada a conclusão segundo a qual uma espécie legislativa infraconstitucional (lei complementar) contenha disposição que estabeleça a sua própria posição hierárquica em face dos tratados internacionais.

É nessa linha que Luciano Amaro constata:

“A eficácia dos tratados e sua inserção no ordenamento jurídico nacional é questão de natureza constitucional. Não é com preceito infraconstitucional que se haverá de resolver se o tratado pode ou não modificar a lei interna, ou se esta poderá ou não alterá-lo. Assim sendo, não cabia ao Código Tributário Nacional nem negar nem afirmar (como



parece ter pretendido o art. 98) o primado dos tratados.”<sup>[7]</sup>

Com esse mesmo posicionamento, Sérgio André Rocha assim expõe:

“nos parece irrazoável alegar que o Código Tributário Nacional está complementando a Constituição ao estabelecer uma supremacia dos tratados internacionais sobre o direito interno que não se encontra prevista na Lei Maior. (...) partindo-se da premissa de que o Código Tributário Nacional é lei ordinária com *status* de lei complementar, a qual veicula uma série de limitações ao legislador ordinário, impõe-se reconhecer que tais limitações somente serão válidas e eficazes quando compatíveis com a Constituição e então tornamos a repetir que na Lei Maior não há qualquer previsão que indique a supremacia do Direito das Gentes sobre as regras de direito interno. (...) a previsão da supremacia dos tratados e convenções internacionais sobre o direito interno não parece inserir-se no conjunto das normas gerais de Direito Tributário. (...) somos da opinião de que o artigo 98 do Código Tributário Nacional não é compatível com a Constituição Federal. Na verdade, cremos que tal artigo já nasceu inconstitucional. É possível concluir, portanto, que o artigo 98 do Código Tributário Nacional, ao pretender estabelecer a supremacia dos tratados internacionais tributários sobre a legislação interna, usurpou a competência da Constituição Federal de impor limites ao legislador ordinário sobre esta matéria, não podendo ser considerado compatível com a Carta Política.”<sup>[8]</sup>

Contrapondo-se expressamente a essa posição de Sérgio André Rocha, Alberto Xavier vê no artigo 98 do CTN um preceito declaratório, que apenas confirma a supremacia hierárquica dos tratados sobre a lei

interna. Para Xavier, a possibilidade de a lei complementar confirmar uma superioridade dos tratados em face da lei interna que já seria decorrente do sistema constitucional estaria justificada pela função de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar da lei complementar tributária (CF, art. 146, II)<sup>[9]</sup>.

A crítica do professor Xavier, com todo o respeito, merece uma ressalva. Isso porque ele deixa claro que o artigo 98 do CTN tem natureza declaratória de uma determinação implícita no sistema constitucional. Se a lei complementar apenas repete o conteúdo do que já se depreende da Constituição, a nosso ver, não está inovando no ordenamento jurídico, nem mesmo a título de regulamentação das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Acreditamos que uma abordagem de outro ponto de vista do pensamento de Alberto Xavier pode justamente levar à conclusão de que apenas a Constituição poderia prever o modo como se relacionam os tratados e a legislação interna. Até mesmo porque não nos parece coerente que uma lei complementar previsse a superioridade dos tratados, ao mesmo tempo em que tal superioridade teria como fonte a própria legislação infraconstitucional interna (lei complementar). Fosse assim, uma alteração no CTN pelo Congresso Nacional poderia conferir nova redação ao dispositivo para prever a superioridade da legislação interna.

Tal argumentação, se bem testada, nos faz crer que a fonte de eventual prevalência dos tratados em relação ao direito interno será sempre a Constituição, jamais um diploma legislativo infraconstitucional.

O fato de o mandamento contido no artigo 98 do CTN coincidir com aquilo que a Constituição orienta não significa que a Constituição de 1988 permite que uma lei complementar disponha sobre a hierarquia entre tratados e legislação infraconstitucional. Eventual recepção desse dispositivo pelo texto constitucional de 1988 não convalidaria, nesse caso, a incompatibilidade formal, pois aqui se está diante de matéria afeta exclusivamente a normas constitucionais.

A doutrina majoritária, contudo, não enxerga vício de inconstitucionalidade no artigo 98 do CTN, seguindo a linha de Roque Antônio Carrazza:

“Embora já tenhamos sustentado o contrário, hoje estamos convencidos de que realmente o tratado internacional, devidamente aprovado, ratificado e promulgado, é fonte primária do direito tributário. Constitucional, pois, o art. 98 do CTN quando prescreve que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.”[\[10\]](#).

Adentrando no estudo do conteúdo do artigo 98 do CTN, temos que esse dispositivo prevê expressamente a prevalência dos tratados internacionais em matéria tributária sobre a legislação interna. Deve-se destacar a impropriedade da expressão “revogar” contida no dispositivo, pois a supremacia dos tratados sobre a lei interna não significa revogação desta[\[11\]](#).

Muitos autores, ao comentar o dispositivo, entendem que ele seria uma norma consagradora do princípio *pacta sunt servanda*, garantindo-se o cumprimento dos compromissos internacionais. O artigo 98, assim, seria norma vedatória da deslealdade, evitando que um Estado descumpra seus compromissos sob a alegação de exercício da soberania interna de legislar. O professor José Souto Maior Borges, ao considerar que a prevalência do tratado sobre a lei prevista no artigo 98 do CTN seria uma consequência da regra *pacta sunt servanda*, conclui que ao se admitir que uma lei pudesse revogar um tratado, estar-se-ia atribuindo ao ato legislativo o efeito de denúncia, este sim o instrumento idôneo para eximir um Estado do compromisso internacional outrora firmado[\[12\]](#).

Com linha de raciocínio semelhante, Hugo de Brito Machado defende a norma do artigo 98 do CTN, aduzindo que a alteração de tratado internacional por lei interna contraria o princípio da moralidade, além de prejudicar a credibilidade do país no plano internacional[\[13\]](#).

Também defendendo a prevalência dos tratados internacionais, Luciano Amaro argumenta que a própria natureza dos tratados justificaria a prevalência da norma do tratado sobre a lei interna, uma vez que os tratados internacionais representariam o único modelo legislativo idôneo para firmar normas de conduta entre os Estados soberanos<sup>[14]</sup>. O mesmo autor invoca ainda o critério da especialidade na solução de antinomias, como fator decisivo para se determinar a aplicação dos tratados em detrimento da legislação interna:

“Nas várias hipóteses em que o tratado se aplique (afastando ou modificando a disciplina que decorreria da lei interna), o efeito do preceito convencional é o de norma especial, cuja eventual revogação devolve as situações ‘especializadas’ à disciplina da norma geral (da lei interna). (...) O conflito entre a lei interna e o tratado resolve-se, pois, a favor da norma especial (do tratado), que excepciona a norma geral (da lei interna), tornando-se indiferente que a norma interna seja anterior ou posterior ao tratado. Este prepondera em ambos os casos (abstráida a discussão sobre se ele é ou não superior à lei interna) porque traduz preceito especial, harmonizável com a norma geral.”<sup>[15]</sup>

Nesse sentido, de admitir a aplicação dos tratados em detrimento da legislação interna por conta do princípio da especialidade, parece caminhar a doutrina majoritária. Misabel Derzi, por exemplo, ensina que os tratados e convenções internacionais “atuam em campo próprio e específico, de modo que, sendo normas especiais, não são revogadas pelas leis de tributação interna geral, mas com elas convivem”<sup>[16]</sup>.

O critério da especialidade, desse modo, vedaria a superação dos termos acordados no tratado pela legislação interna, impedindo assim aquilo que se chama de “*treaty override*” (violação do tratado por legislação interna).

Apesar da maioria dos autores consagrarem o critério da especialidade como o fundamento da prevalência das convenções internacionais, Sérgio André Rocha entende aplicável o critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior) para a solução de antinomias entre os tratados internacionais em matéria tributária e as leis internas:

“pensando agora em uma situação completamente hipotética, poderíamos imaginar um caso em que fosse editada lei mencionando, de forma expressa, que a tributação seria alterada ‘inclusive nos casos em que o Brasil possuir convenção para evitar a dupla tributação da renda’. Em uma hipótese assim a aplicação do critério da especialidade teria que ceder espaço para o critério cronológico.”<sup>[17]</sup>

Em direção similar, temos um exemplo de precedente norte-americano trazido por Luís Eduardo Schoueri (*Lee Yen Tai versus United States*) em que se admitiu a prevalência da legislação interna sobre um acordo internacional (*treaty override*) se o legislador declarar expressamente ser esta a sua intenção<sup>[18]</sup>.

Alberto Xavier, por outro lado, critica veementemente a adoção do critério cronológico para a solução de conflitos entre tratados e direito interno:

“(...) se a prevalência em função do critério da especialidade não é ofensiva da razoabilidade, já o mesmo não se pode dizer da prevalência em função do critério cronológico, pois este legitima que um Estado desfaça unilateralmente os laços convencionais independente da forma convencionalmente adequada – denúncia do tratado – pela pura e simples revogação de tratado anterior por lei interna (*treaty override*).”<sup>[19]</sup>

Como já mencionado, grande parte da doutrina adota o critério da especialidade como justificativa para a prevalência dos tratados

internacionais em face do direito interno. Tal entendimento, a nosso ver, não permite a aplicação dos tratados em todo e qualquer caso, pois seria plenamente possível que uma lei interna posterior ao tratado regulasse o tema com maior riqueza de detalhes, sendo mais específica, e atraindo o critério da especialidade como fundamento da aplicação do direito interno, em detrimento dos tratados internacionais.

A pressuposição de que o tratado sempre seria norma mais específica que o direito interno, a nosso ver, carece de solidez.

A abordagem que nos parece mais coerente é aquela segundo a qual o tratado internacional em matéria tributária não revoga o direito interno, tampouco o derroga por ser mais específico. Concordamos, assim, com Luís Eduardo Schoueri, para quem os acordos de bitributação não introduzem alterações no direito interno material<sup>[20]</sup>.

Tratados e direito interno ocupam terrenos diferentes e que não se cruzam, pelo fato de que a matéria regulada por uma convenção, ainda que seja a mesma regulada pela legislação interna, não terá o mesmo grau de aplicação que possuiria no direito interno. É dizer, uma mesma matéria regulada por um tratado e por uma lei interna de um Estado contratante será aplicada de modo diverso em caso de vigência do acordo internacional. Assim é que conceitos previstos em um tratado de forma diversa da disposta na legislação interna reclamarão métodos de interpretação que não se identificam totalmente com a interpretação do direito interno. A própria convenção pode prever que em caso de dúvida na interpretação de um termo previsto no tratado, recorrer-se-á à legislação do Estado contratante, como o faz a Convenção Modelo da OCDE para evitar a bitributação da renda.

Daí já se percebe que há camadas diferentes de normas, e não paridade que se resolve pelos critérios da especialidade ou cronológico. O professor Luís Eduardo Schoueri, ao comentar a teoria da máscara de Klaus Vogel, assim explica a referida concepção:

“ao se admitir que os acordos de bitributação sejam leis especiais, abre-se espaço para que uma lei ‘mais especial’ prevaleça sobre os tratados,

contrariando o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional. O raciocínio baseado na especialidade é perigoso: ao se aceitarem suas premissas, poder-se-ia, também, admitir que, se houvesse uma lei ainda mais especial, esta prevaleceria sobre os tratados. Ou seja: bastaria o legislador dizer que para uma específica matéria não devem ser observados os tratados, que o argumento da lei especial – e com ele o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional – cairia por terra. (...) De igual modo, não há sentido discutir o tema da hierarquia quando se está diante de um acordo de bitributação. Este não está ‘acima’ ou ‘abaixo’ da lei ordinária. Acordos de bitributação, enquanto tratados internacionais, são instrumentos por intermédio dos quais os Estados Contratantes delimitam suas próprias jurisdições tributárias. A lei ordinária, por sua vez, atua dentro do campo de cada jurisdição. A prova clara de que não há hierarquia está na obviedade de que um acordo de bitributação não se presta para criar um tributo: nos termos do Princípio da Legalidade, somente a lei pode instituir tributos. Mas por outro lado, a lei ordinária não é o veículo adequado para o Estado firmar, diante de seus parceiros na comunidade internacional, os limites de sua jurisdição.”[\[21\]](#)

Ainda que nos filieemos à corrente que defende a prevalência dos tratados internacionais, inclusive os que versem a respeito de matéria tributária, a questão não pode ser posta em termos bem definidos e imunes a eventual mitigação diante de casos específicos. Princípios constitucionais como a segurança jurídica e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais podem exigir soluções diferenciadas.

Retornando para a jurisprudência brasileira, o STF possui entendimento firmado no sentido de que, regra geral, os tratados

internacionais “guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro” (STF, Extradicação 662-2 República do Peru, de 28/11/96).

Aplicando a premissa de que os tratados internacionais possuem o mesmo nível hierárquico que as leis ordinárias, a 1ª Turma do STJ entendeu que os tratados em matéria tributária dispõem sobre assuntos específicos, o que afastaria a aplicação da legislação ordinária. Estranhamente, essa decisão do STJ restringiu seu alcance ao que chamou de tratados de natureza contratual, criando uma classificação não prevista no artigo 98 do CTN:

“1. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes. 2. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.” (REsp 37.065)

Em julgamento paradigmático que foi seguido em vários outros julgados posteriores, o STF, no RE 229.096, decidiu que o artigo 98 do CTN possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios. Essa a única referência expressa ao artigo 98 do CTN constante da ementa do acórdão.

Deve-se atentar, porém, que tal asserção não inova no tema, pois já é tido como pacificado o entendimento de que as normas do CTN, inclusive o artigo 98, são normas gerais aplicáveis a todos os entes federativos.

O dado mais relevante da ementa do RE 229.096 nos parece a afirmação de que “o artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes”.



Essa conclusão dá a entender que não há hierarquia entre os tratados referidos e a legislação interna, devendo eventuais conflitos ser resolvidos pelos critérios cronológico e da especialidade.

Tal premissa acaba, de qualquer forma, permitindo a solução genérica de que os tratados em matéria tributária afastam a legislação ordinária pela especificidade dos mesmos, sendo esta a atual conclusão que se pode extrair da jurisprudência até o momento.

**Notas:**

[1] TÔRRES, Heleno Taveira. Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-Residentes no Brasil. Prestações de Serviços no Exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento. *In*: Tôrres, Heleno Taveira (coordenador). Direito Tributário Internacional Aplicado Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 73-74.

[2] BORGES, José Souto Maior. Direitos Humanos e Tributação. *In*: Tôrres, Heleno Taveira (coordenador). Direito Tributário Internacional Aplicado Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 42.

[3] XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

[4] XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96-97.

[5] Muitos internacionalistas defendiam que desde a promulgação de 1988 os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* constitucional, não podendo ser contrariados por norma infraconstitucional.

[6] SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: *Treaty Shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 100.

[7] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 182.

[8] ROCHA, Sérgio André. Tributação Internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 112-114.

[9] XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104-105.

- [10] CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Tributário Constitucional. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 268.
- [11] BIANCO, João Francisco. Transparência Fiscal Internacional. São Paulo: Dialética, 2007, p. 147.
- [12] BORGES, José Souto Maior. Direitos Humanos e Tributação. *In*: Tôres, Heleno Taveira (coordenador). Direito Tributário Internacional Aplicado Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 61.
- [13] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.
- [14] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 188.
- [15] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180-181.
- [16] DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de Atualização a Direito Tributário Brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 981.
- [17] ROCHA, Sérgio André. Tributação Internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 134.
- [18] SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. *In*: COSTA, Alcides Jorge. SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coordenadores). Revista Direito Tributário Atual n. 17. São Paulo: IBDT/Dialética, 2003, p. 32.
- [19] XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119.
- [20] SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: *Treaty Shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.
- [21] SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 121-122.

## 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.

### **1.1- 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 paragrafo 3º do artigo 8º da CLT, passou a determinar que a justiça do trabalho deva analisar exclusivamente a conformidade do negocio jurídico, além de respeitar o artigo 104 do Código Civil, sendo balizado pelo principio 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 integra. No mais, de acordo com o artigo 927 do CPC, ou seja, com os mecanismos de segurança jurídica, tais como, audiência

publica, 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.

### **1.2-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.

### **1.3-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)

## O PAPEL DO ESTADO NO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

**DANIEL BRANDÃO BARRETO:** Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce - UNIVALE, Especialista em Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, possui Licenciatura em Sociologia pela Faculdade Polis das Artes - FPA, e graduando em Letras Português/Espanhol pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM. Servidor Público da Universidade Federal do Triângulo Mineiro em Uberaba/MG.

**RESUMO:** O tráfico internacional de pessoas desdobra-se em múltiplas vertentes, e tem se ampliado cada vez mais por ser uma prática criminosa altamente rentável, com uma legislação recente e ainda precária para conter este crime. O objetivo deste trabalho é investigar a responsabilidade do Estado no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, destacando que tal crime tem sido auxiliado por fatores como a facilitação das políticas de migração, pela globalização e também pela corrupção das autoridades responsáveis. Por ser um assunto de elevada relevância a nível mundial, é importante destacar os tratados e convenções internacionais com o enfoque em conhecer as causas e extirpar as consequências desse delito, a legislação brasileira derivada dessas leis internacionais; bem como verificar as medidas tomadas pelo Estado em relação às pessoas que conseguem ser resgatadas com vida depois de vitimadas por esse crime preocupante, medidas essas ainda insuficientes

**Palavras chave:** Tráfico humano. Trabalho escravo. Exploração sexual. Crime organizado.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Considerações sobre os Direitos Humanos 3 Conceito e a evolução histórica do tráfico de pessoas 3.1 Conceito 3.2 A evolução histórica do tráfico de pessoas e o surgimento do tráfico para exploração sexual 4 Os fatores determinantes na construção do estereótipo das vítimas e o papel determinante do Estado no crime de

tráfico internacional de pessoas 4.1 Os métodos de aliciamento 4.2 Dificuldades na repressão ao crime e perfil do aliciador 4.3 Convenções internacionais de combate ao tráfico internacional de pessoas 4.4 A legislação brasileira sobre o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual 4.5 A assistência dada às vítimas ao retornarem aos seus países de origem 5. Conclusão 6. Referências

---

## 1 INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de pessoas vem chamando a atenção dos Estados, das instâncias internacionais e da mídia, independente de para qual fim ele se destine. Seja para o tráfico de órgãos, de crianças para a adoção clandestina, de mulheres para casamentos forçados, de homens para o combate armado em conflitos internos, de ambos os gêneros para o trabalho forçado ou para a exploração sexual, incluindo-se aí não só a prostituição, mas também a pornografia virtual, esse é um tema labiríntico, que envolve diversos outros crimes e que precisa ter cada vez mais visibilidade, a fim de que políticas públicas não só de combate, mas também de prevenção sejam formuladas e colocadas em prática.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 2005, o número estimado de pessoas que foram traficadas para serem submetidas ao trabalho forçado era de 2,4 milhões no mundo. Desse total, 43% das vítimas eram exploradas sexualmente, 32% para exploração de trabalho e 25% de forma indeterminada. Como se trata de uma atividade ilícita, os dados não são exatos, e sim estimados, o que dificulta mais ainda o combate a esse crime.

O tráfico de seres humanos é uma atividade realizada desde a antiguidade, tendo suas raízes na escravidão dos prisioneiros de guerra. Essa modalidade de tráfico é um delito que tem se expandido dia após dia, em tempos em que se propaga a erradicação da escravidão. Dessa forma, até hoje esse crime não tem o destaque necessário, tendo assim as suas consequências minimizadas aos olhos da sociedade, o que perpassa desde a dificuldade na criação de ações para prevenção, de políticas

públicas para o enfrentamento ao crime organizado que gere todo esse sistema, até a falta assistência dada às vítimas quando retornam aos seus países de origem.

O tráfico de pessoas está enredado a crimes internacionais tão graves quanto ele, e todos esses delitos alimentam um sistema criminoso dominado primordialmente por uma elite rica e poderosa que transcende fronteiras do mundo inteiro, circulando livremente em rotas que derivam de países de terceiro mundo, passam por países de trânsito, que exercem o papel de intermediários, e desembocam sobretudo em países desenvolvidos da Europa, o que impede que tais infrações sejam investigadas da maneira correta.

A importância de tratar sobre o assunto do tráfico de pessoas, principalmente para fins de exploração sexual, se dá por três motivos principais. O primeiro deles é a tênue diferença entre a prostituição voluntária e o tráfico propriamente dito. É preciso desmistificar o preconceito que há em relação aos profissionais do sexo e saber o limite entre a vontade e a exploração. O segundo, é o crescimento do crime organizado que, ao traficar pessoas, está fortalecendo direta e indiretamente outros crimes como o tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e muitos outros. Por fim, e não menos importante, é necessário alertar as autoridades de que é uma prática que está tomando proporções catastróficas e que precisa ser banida não só para o bem dos países menos desenvolvidos, mas para o de toda população mundial.

Sendo o Brasil atualmente um importante nascedouro de vítimas que são exportadas principalmente para serem exploradas sexualmente em outros países, torna-se de extrema importância analisar o que está sendo feito pelo país para impedir que essa prática continue crescendo, auxiliada pela legislação brasileira recém-nascida. Destarte, com enfoque no tráfico para exploração sexual, o problema a ser discutido é: Diante da prática, cada vez mais comum, do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, quais medidas têm sido adotadas pelas autoridades nacionais e internacionais no combate a tão grave violação aos direitos humanos?



O objetivo geral do trabalho foi identificar o que pode ser feito, e as medidas tomadas pelas autoridades estatais para minimizar essa conduta delituosa e globalizada que é o tráfico internacional de pessoas com a finalidade da exploração sexual. Já os objetivos específicos foram analisar as leis e as medidas internacionais e brasileiras em relação ao tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual; estudar o perfil das vítimas e dos aliciadores; identificar o papel da globalização como facilitadora desse crime considerado invisível; verificar as medidas tomadas pelo Estado em relação às vítimas ao retornarem aos seus países de origem.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**

Dentre os direitos humanos, os chamados direitos civis ou liberdades públicas representam o passo inicial para a formação do discurso de cidadania moderna e dos direitos humanos. Eles constituíram a primeira conquista de prerrogativas dos indivíduos contra o Estado e imprimiram sua marca na transição do feudalismo para o capitalismo, tendo sua expressão máxima na Revolução Francesa. Segundo Ferreira (2011, p. 151), os direitos humanos foram proclamados, oficialmente, “no século XVIII, nas constituições dos EUA (1776) e da França (1789), assumindo o caráter de direitos humanos fundamentais”.

Ambos os documentos são o marco teórico da primeira geração dos direitos humanos que, mediante a positivação dos direitos civis e políticos, procuravam resguardar os cidadãos dos excessos do poder estatal. Isto é, visavam proteger as chamadas liberdades públicas ou direitos humanos individuais contra os abusos do Estado, ao passo que também instituía sua abstenção.

De acordo com Bezerra (2012, p. 36), o contexto em que surgiram os direitos humanos fundamentais representou, na realidade, “a defesa da teoria burguesa, numa desesperada tentativa de sobrevivência dos arquétipos liberais”, mediante a instituição do modelo de Estado mínimo.

Por sua vez, a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais, fundados no princípio da igualdade real, simboliza a segunda

geração dos Direitos Humanos e significou uma reformulação do papel do Estado que passa a ter participação direta na efetivação de tais direitos.

Entre os direitos sociais, pode-se citar o direito à moradia, à saúde, à educação, direito de acesso à cultura, direito ao trabalho digno, à previdência social, etc. Nesse sentido, a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar, de 1919 representa os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais, que atinge seu auge teórico com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (FERREIRA, 2011).

Cabe mencionar os direitos humanos da terceira geração, conhecido como os direitos da fraternidade ou da coletividade, sendo seus componentes, a vida saudável e pacífica, o meio ambiente equilibrado, a paz, o progresso e o avanço da tecnologia.

São direitos difusos e transindividuais, isto é, se caracterizam por não poderem ser divididos pelos atores sociais, pertencem a todos ao mesmo tempo, não podendo ser concedidos a um ou a outro indivíduo de forma separada (BEZERRA, 2012).

Piovesan (2007, p. 56) *apud* Symonides (2003), diretor da Divisão de Direitos Humanos da UNESCO, menciona que:

[...] a evolução dos direitos humanos é um processo dinâmico infindável: não só os direitos reconhecidos serão aperfeiçoados, enriquecidos e ampliados, como também se farão acompanhar de novos direitos, tão logo haja consenso sobre a importância notória dos valores que estes veiculam e sobre sua capacidade de serem expressos positivamente e reconhecida como direitos humanos.

Nesse sentido, sob a ótica do princípio da indivisibilidade, os direitos humanos devem coexistir, ou seja, são inseparáveis, independentemente de sua geração ou daqueles que ainda venham a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos ou documentos internacionais.

Os direitos humanos representam um conjunto de direitos civis, sociais, políticos, econômicos, culturais, coletivos e difusos, sob o ponto de vista ético. Ao passo que os direitos fundamentais constituem esse mesmo conjunto de direitos, mas do ponto de vista ético e jurídico, ou seja, são direitos humanos positivados com conteúdo jurídico e apto para surtirem efeitos no mundo do direito.

[...] os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*) (BEZERRA, 2012, p. 89).

A história dos direitos fundamentais está ligada à evolução filosófica dos chamados direitos humanos como direitos de liberdade, cuja atual sistemática afasta-se de singulares concepções naturalista ou positivista do Direito, localizando-se justamente no período denominado pós-positivismo e marcado pelo processo de normatização dos princípios.

É importante frisar que o Estado Moderno assim como os direitos humanos fundamentais erigiu-se sobre a base econômica do modo de produção capitalista polarizado pelo antagonismo de classes sintetizado na relação capital *versu* trabalho.

Portanto, segundo Ferreira (2011), por apresentar um caráter classista, o atual modelo de Estado vigente e os Direitos Humanos, por si só, não buscam resolver contradições do sistema então vigente, mas apenas administrá-las, uma vez que eles mesmos têm o seu fundamento nelas.

Isto é, embora sua consagração represente sutis ganhos de democratização e pluralização social, ainda assim é mantido praticamente intocável o poderio econômico de alguns em face da maioria.

Desse modo, o atual discurso dos direitos humanos fundamentais, desde seu surgimento, apresenta claramente um caráter ideológico e apenas programático, tornando-se um mito praticamente inalcançável ao passo que não possui correspondência com a verdade histórica e inclusive por narrar-se algo que nunca ocorreu e continua não ocorrendo na prática. (PIOVESAN, 2007).

A defesa dos direitos humanos proposta nos mais diversos tratados internacionais e cartas magnas representa um discurso que, a pretexto de universalizar o acesso à riqueza humana e aos direitos sociais, ainda assim põe a salvo, ou seja, intocável, a essência da propriedade privada, e com ela, os privilégios da classe dominante.

Cumprir afirmar que o ideal para toda sociedade seria que o ordenamento jurídico, interno ou na esfera internacional, não precisasse ter afirmar os direitos humanos, ao passo que qualquer direito deveria, por si só, apresentar natureza humanitária. Entretanto, numa economia global de 25 trilhões de dólares, em que cerca de 1,3 bilhões de pessoas vivem com uma renda inferior a um dólar por dia, quase um bilhão de pessoas são analfabetas e mais de um bilhão não têm acesso a água potável, os direitos humanos precisam, incondicionalmente, serem afirmados (FERREIRA, 2011).

Os direitos fundamentais, na perspectiva dos Direitos Humanos, em consonância com Bezerra (2012, p. 96) “são democráticos na medida em que garantam direitos de liberdade e igualdade e assegurem o desenvolvimento e a existência de pessoas capazes de manter as condições funcionais do processo democrático”.

Entretanto, ainda que os direitos humanos e a democracia sejam proclamados enquanto garantias universais eternas intrínsecos a todos os indivíduos, tais consagrações de cunho democrático e igualitário representam, na realidade, uma estratégia interna do próprio capitalismo para sua sobrevivência.

Ao tratar do reconhecimento internacional dos Direitos Humanos e de como vem sendo enfrentado os problemas que afligem países signatários desse tratado sem infringir a soberania de cada um, Leal (2012,

p. 84) afirma que “desde o início do século XX, o princípio geral de direito internacional é o da vedação de ingresso nas soberanias dos Estados, e tal dogma se apresenta como irredutível inclusive diante da violação dos direitos fundamentais”.

Desse modo, não era permitido que outros países se interferisse em assuntos internos de outras nações, sendo tal postura condenável pelos demais Estados.

Para a doutrina defensora da não intervenção em outros Estados, os demais devem “apenas observar de forma impassível as violações dos direitos humanos, pois o dogma da soberania absoluta lhes impede intervir para restabelecer as condições humanas de existência” (LEAL, 2012, p.85).

A positivação dos direitos humanos nos tratados internacionais ou constituições permite que se tenha a impressão que estes simples atos, por si só, já são suficientes para superar, por exemplo, a fome, sede ou desigualdade social. Dessa forma, cria-se o ideário que os meios formais reservados para aqueles que ocupam os espaços de Poder (emendas constitucionais, participação em Convenções Internacionais, etc) são as únicas formas de alcançarmos a justiça social ao invés de incentivar que os indivíduos lutem pela efetivação dos direitos humanos, de forma contínua, independente de serem consagrados ou não.

Desse modo, a inclusão dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos constitui um dos principais mecanismos de sobrevivência do atual modelo de desenvolvimento econômico, sendo, portanto indispensáveis para atenuar suas contradições, ao mesmo tempo em que garante sua manutenção. Nessa perspectiva, de acordo com Piovesan (2007, p. 86):

[...] a democracia em sociedades capitalistas nada mais é do que uma democracia capitalista, que sujeita a política pública à influência econômica e ideológica de interesses financeiros poderosos (seja quem for o governante) e relega os direitos econômicos da maioria da população a segundo

plano, em favor das demandas de lucratividade de uns poucos.

Nesse sentido, a afirmação dos direitos humanos bem como do atual modelo de democracia ocidental apresenta, desde seus primórdios, um caráter paliativo, ou seja, melhorias pontuais da condição de vida das camadas excluídas da sociedade. Tal medida visa reduzir os efeitos sociais próprios deste modelo socioeconômico de desenvolvimento, dentro de uma perspectiva muito mais corretiva ou reformista do que de transformação social. Dessa forma, os direitos humanos fundamentais, desde os primórdios, jamais representaram uma oposição ao capitalismo, ao passo que representa um mecanismo político e jurídico que busca salvá-lo sem barrar o seu funcionamento, bem como sua reprodução.

Segundo Melo (2009, p. 194) *apud* Wood (2000), “um capitalismo humano, ‘social’ e verdadeiramente democrático e igualitário é mais irreal e utópico que o socialismo”. Portanto, a dependência profunda que o capitalismo possui, a um só tempo, de um discurso progressista democrático e de uma prática antidemocrática em que condena bilhões de pessoas a condição de miséria, permite que este sistema econômico seja permanentemente vulnerável à contestação por meio dos próprios instrumentos democráticos por ele garantidos, bem como a alternativas que possam surgir deles.

Independente do caráter paliativo e reformista dos direitos humanos, este serão mais eficiente quanto mais for explorado seu caráter desafiador, isto é, tornando conhecida entre a população e permitindo que ela possa exigir e lutar pela sua efetivação.

Dos direitos sociais mencionados no art. 6º, a educação, o trabalho, o lazer, a saúde, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, a previdência social e a assistência aos desamparados integravam o texto original da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988). Além disso, esses direitos encontram-se regulados na Ordem Social da Constituição.

Consagrado no inciso III do primeiro artigo da CF/88, o Princípio da Dignidade Humana representa um macroprincípio que envolve os demais, representando, nas palavras de Sarmento (2000, p. 60):

[...] o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando, não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

A elevação da dignidade como preceito constitucional, nas palavras demonstrou que todos os institutos devem estar voltados para realização do desenvolvimento do ser humano, devendo esta ser alcançada não apenas mediante limites estatais, mas por meio de uma atuação ativa que a promova efetivamente.

A realização dos direitos fundamentais sociais constitui a base para a afirmação plena do princípio da dignidade da pessoa humana e pressuposto indispensável à digna sobrevivência do ser humano.

O Estado, através dos poderes independentes e harmônicos entre si, tem a responsabilidade de garantir os Direitos inerentes ao homem, sem distinção de origem, raça, cor, sexo ou idade e quaisquer outras formas de preconceito. Falar em direito e sua constante evolução, deve-se observar as palavras brilhantes de Norberto Bobbio (2004, p. 30): “Nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Existe um retrospecto de avanço, no que diz respeito aos direitos humanos, desde 1996, onde o Brasil atribui aos Direitos Humanos caráter de política pública, instituindo o Programa Nacional de Direitos Humanos, porém contemplando apenas os direitos civis. Já em 2002, numa versão renovada o programa incorpora ações específicas relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2007).

Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que talvez seja o maior fundamento da República Federativa do Brasil, oriunda dos trabalhos constituintes de 1988, porque serve justamente para deslocar o foco principal para os cidadãos brasileiros, fazendo com que a Constituição fosse chamada de Constituição Cidadã.

A dignidade é o direito fundamental que tem todo ser humano a possibilidade de manter e conservar sua integridade física e moral, pela simples razão de sua existência como pessoa humana, sendo esta, superior a todos os demais seres. Não se pode falar em direitos humanos ou fundamentais, sem antes falar de dignidade humana (BEZERRA, 2012).

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana pode ser considerada como princípio de maior fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade é a qualidade do digno, excelente, realce, gravidade, decoro das pessoas na maneira de comportar-se, etc. Juridicamente, esse princípio se constitui como direito fundamental no qual todo o ser humano busca manter e conservar a sua natureza espiritual de forma íntegra, inviolável, consagrada e honrada por razão de sua existência de valor de ser humano. Assim, percebe-se claramente que a prática do racismo viola a dignidade da pessoa humana que é o fundamento último de todos os direitos humanos e fundamentais.

Sabe-se que alguns motivos que ocasionaram a internacionalização dos direitos humanos, a saber: repúdio às atrocidades na segunda guerra mundial; o anseio de vários governos em adquirir legitimidade política na órbita internacional; o anseio por servir para o estabelecimento de diálogo (revestido de legitimidade pelo seu conteúdo ético) entre os povos; a motivação econômica; a importância da atuação civil organizada; e a indignação das comunidades nacionais com o desrespeito a direitos básicos do ser humano. Neste contexto, Dornelles (2004, p. 182) aponta que:

A internacionalização da proteção dos direitos humanos resultou em inúmeros tratados internacionais e instrumentos de proteção como os Pactos de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no âmbito da ONU, ambos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 1969, no âmbito do Sistema Interamericano; a Convenção Europeia, de 1950; Tratados de prevenção da discriminação, de prevenção e punição da tortura, de proteção aos



refugiados, de proteção aos direitos dos trabalhadores, direitos das crianças, direitos da mulher, deficientes, idosos etc.

É importante destacar que este processo de internacionalização dos direitos humanos resulta em um complexo sistema internacional de proteção, identificado pela coexistência do sistema geral com o sistema particular de proteção.

No sistema particular de proteção volta-se à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Por sua vez, o sistema geral de proteção tem por escopo garantir a proteção de toda e qualquer pessoa, oportunidade em que o sujeito de direito é visto em sua abstração e generalidade (LEAL, 2012).

Nota-se, portanto, a importância da internacionalização dos direitos humanos. Ainda mais quando se reconhece que, historicamente, inúmeras mulheres em todo o mundo foram e continuam sendo traficadas, vítimas de variados tipos de violência.

### **3 O CONCEITO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE PESSOAS**

#### **3.1 O CONCEITO**

O tráfico de seres humanos caracteriza-se pelo movimento migratório de pessoas que saem de seus países de origem em busca de melhores condições de vida e, ao chegarem ao local de destino, perdem a sua liberdade e adquirem a condição de propriedade dos traficantes, sendo mantidas em cárcere privado e submetidas à prostituição, ao trabalho forçado, à retirada de órgão e a inúmeras outras ações, que atingem mulheres, homens, transexuais, crianças e adolescentes (PINHEIRO; SANCHEZ, 2013).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, conhecida como

Convenção de Palermo, assinada pelo Brasil através do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, caracteriza-se como principal instrumento de combate internacional a essa modalidade de tráfico, e traz a seguinte conceituação do tráfico de pessoas, adotada pelos 160 países membros da ONU que ratificaram o Protocolo:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento, ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem, ou as outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Tal definição deixa margem para que cada país membro aprecie e adeque como achar melhor à sua legislação nacional, já que o crime de tráfico de pessoas pode vir acompanhado de diversos outros crimes que podem variar de um país para outro (OLIVEIRA; SANTOS, 2010).

É importante salientar que o tráfico para fins de exploração sexual configura-se não só pela prostituição, mas pelo transporte, coação, alojamento sob ameaça, promessas ilusórias, dívidas insanáveis, retenção de documentos, violência psicológica e física, e pela restrição ao direito de locomoção.

O tráfico de pessoas pode ser interno, entre regiões de um mesmo país, que geralmente ocorre para fins de exploração laboral, ou internacional, que ordinariamente são para remoção de órgãos ou fins de exploração sexual (TREVISAN; SANCHEZ, 2014).

Em se tratando da exploração sexual, o crime ocorre em três etapas. A primeira delas se dá pela obtenção das vítimas por meio de diversas ofertas e artifícios. A segunda trata da logística do transporte e da recepção dessas vítimas nos países destino, incluindo-se nessa etapa a falsificação de documentos, a corrupção de agentes responsáveis pelo controle migratório, por exemplo. A terceira e última etapa consiste na chegada da pessoa traficada ao local em que se iniciará a exploração, normalmente sendo mantida em cárcere privado e em péssimas condições de higiene e alimentação, além de serem muitas vezes levadas à ingestão de drogas, sofrerem chantagens frequentes e repetidas agressões físicas que podem levar até à morte (TORRES, 2012).

No Brasil, segundo a United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), o lucro do tráfico de pessoas é de aproximadamente 32 bilhões de dólares por ano, não superando apenas o lucro do tráfico internacional de entorpecentes e de armas. Todavia, esse problema ainda é tratado como invisível. Desta feita, o tráfico de pessoas com o fim de exploração sexual constitui uma violação aos direitos humanos, à liberdade de locomoção e à liberdade sexual das vítimas, causando graves implicações sociais tanto aos países exportadores quanto aos receptores, bem como diretamente às vítimas e suas famílias.

### 3.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE PESSOAS E O SURGIMENTO DO TRÁFICO PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL

A migração geográfica está presente na história da humanidade desde tempos muito remotos e por motivos diversos. Inicialmente em busca de condições de sobrevivência, pela dificuldade em lidar com as mudanças climáticas e diferentes estações do ano, por exemplo, desde os primórdios os seres humanos sempre se deslocaram de um lugar ao outro. Deste modo, houve uma transferência de conhecimentos culturais entre diferentes povos por séculos. Porém, nem sempre essa migração caracterizou-se como positiva ou voluntária.

O tráfico de pessoas iniciou-se já na Antiguidade, tendo seus primeiros registros primordialmente na Grécia e em Roma, com prisioneiros de guerra que eram escravizados e tirados a força de seus

locais de origem com o objetivo de terem o seu trabalho explorado pelos povos vencedores, que muitas vezes comercializavam a mão-de-obra excedente. Tal prática era positivada pelos pensadores da época, como Aristóteles, que acreditavam existir diferentes tipos de seres humanos, alguns para o trabalho intelectual, outros para o trabalho corporal, e os últimos deveriam ser escravizados pelos primeiros (ARY, 2009).

Baseado nesse pensamento, a exploração do trabalho escravo se expandiu e, no período Renascentista, entre os séculos XIV e XVII, desabrochou seu caráter puramente comercial. Esse processo deu-se inicialmente nas cidades italianas, prática que estimulou o comércio mediterrâneo na Península Itálica, onde também se iniciou o pré-capitalismo, conduta que pregava o acúmulo de capital. Com a eclosão da colonização das Américas pela Europa, surge o tráfico negreiro, fortalecendo o comércio internacional de pessoas com a finalidade não só de exploração do trabalho, mas também de obtenção de lucro por meio dessas transações. Africanos passaram a ser a mão-de-obra das colônias europeias, iniciando um período de submissão do povo branco sobre o povo negro que perduraria por anos (REZENDE, 2011).

Nesse contexto insere-se o Brasil, colônia de exploração de Portugal, que tinha sua mão-de-obra para os trabalhos referentes à terra composta por escravos negros advindos da África, que proporcionavam lucro aos traficantes que os retiravam abruptamente de seus países de origem para entregá-los a senhores de engenhos e coronéis. Além de não receberem nenhum tipo de remuneração pelo trabalho realizado, ainda viviam sob formas cruéis de tratamento e condições de vida precárias. A origem do tráfico de mulheres no Brasil confunde-se com o surgimento desse sistema escravocrata, já que muitas das negras traficadas eram exploradas também sexualmente.

Essa forma de exploração perdurou no Brasil até o ano de 1888, com a abolição da escravatura pela Lei Áurea assinada pela princesa Isabel. Porém, tal abolição não melhorou a vida dos negros, pois sem escolaridade ou profissão definida e sofrendo preconceito, não conseguiam construir uma vida digna. Diante disso, o caminho de muitas ex escravas foi a prostituição.

Por se tratar de uma atividade de baixo risco e altamente lucrativa que impulsionou economias, criou cidades e desenvolveu países, os esforços empreendidos no século XIX para dar um fim na escravidão foram insuficientes no mundo inteiro, porém, fizeram com que a prática ganhasse um prisma diferente. À vista disso, entre o fim do século XIX e o início do século XX, inaugura-se uma nova modalidade de escravagismo: o tráfico de escravas brancas com o propósito da exploração sexual.

Esse período foi caracterizado pela migração de pessoas de forma geral para fugirem de doenças, da fome, da miséria e etc. Em consequência do conceito de que o Brasil seria uma terra de oportunidades, inicialmente o país encaixa-se na definição de país receptor, realidade que foi alterada nos últimos 100 anos, onde passou a ser fornecedor de vítimas para o tráfico. Boa parte das pessoas que saíam dos seus locais de origem em busca de melhores condições de vida eram mulheres que, de forma voluntária e auxiliadas pela facilidade na obtenção de documentos falsificados e na entrada em outros países, tinha como destino final bordéis no exterior. Como uma parte dessas mulheres migravam de forma voluntária e algumas com o intuito de se prostituírem, foi surgindo de forma sutil o tráfico de escravas brancas.

Dessa maneira, a maior parte das mulheres recrutadas pelo tráfico saíam de seus países de origem de forma voluntária, por meio de promessas de emprego ou até mesmo de casamento, o que dificultava a caracterização como tráfico, porém, ao chegarem ao exterior eram obrigadas por meio de coerção moral e física a serem exploradas. Essa forma de escravidão contemporânea acontece nos mesmos moldes até hoje, sendo o perfil das vítimas similar, bem como a forma de coação que as mantém presas em países diferentes dos seus, sendo chantageadas, maltratadas e escravizadas (ARY, 2009).

#### **4 OS FATORES DETERMINANTES NA CONSTRUÇÃO DO ESTEREÓTIPO DAS VÍTIMAS E O PAPEL DETERMINANTE DO ESTADO NO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS**

O crime de tráfico de pessoas é um evento que possui diversas finalidades, bem como diversas causas. Todavia, embora enquadrem-se

no perfil de vítimas homens, mulheres, crianças e adolescentes, um fato é comum a esses diversos tipos: a vulnerabilidade social e econômica.

Assim, o tráfico de pessoas não é um fato isolado, e sim uma consequência de elementos sociais, econômicos, culturais e políticos. É um dos produtos da desigualdade e da má distribuição de riquezas, principalmente entre o hemisfério Norte e Sul do mundo, respectivamente países típicos de destino e países típicos de origem, embora essa categorização não seja rígida, principalmente porque no caso do tráfico interno, o país pode desempenhar ambas as funções (TORRES, 2012).

As principais vítimas do tráfico internacional são pessoas que vivem primordialmente em países em desenvolvimento, em condições precárias e com pouco ou nenhum acesso à educação, emprego ou moradia digna.

A busca da fuga de guerras, desastres naturais, religiões opressoras, da marginalização da mulher em decorrência da discriminação de gênero e a instabilidade política também constituem fatores que atraem cada vez mais vítimas para esse crime (SANTOS; GOMES; DUARTE, 2009).

Com o intuito de ter uma vida melhor, em um país que ofereça oportunidades, essas pessoas acabam sendo seduzidas pelos aliciadores e caem numa armadilha muitas vezes sem volta, comprometendo não só a própria vida, mas também as de seus familiares. No caso específico do tráfico com o fim da exploração sexual, o perfil mais suscetível é o de mulheres jovens, em sua maioria negras, entre 20 e 29 anos, solteiras, com pouca escolaridade e baixa renda, que acreditam na possibilidade de mudar de vida principalmente em países do Oriente Médio, do Leste Europeu e da América do Norte. Via de regra, a maioria das vítimas já sofreu algum tipo de violência dentro ou fora do ambiente familiar, quais sejam: estupro, abandono, negligência e maus tratos, por exemplo.

Essas vítimas são escolhidas pelos aliciadores também por critérios subjetivos, como algum dote artístico, desinibição, facilidade em se comunicar ou qualquer outro elemento que possa gerar lucro (TORRES, 2012). Dados do Relatório Global Sobre o Tráfico de Pessoas desenvolvido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, a

UNODC, e apresentado em Brasília no fim de 2014, onde foram recolhidos e analisados dados entre os anos de 2007 e 2012, demonstram que a maioria das vítimas são mulheres.

Atualmente, vem crescendo de forma significativa o número de travestis e transexuais que são levados à exploração sexual no exterior, destacando como causa, nesse caso específico, além das citadas anteriormente, principalmente o preconceito sofrido por estes no seu país de origem e até pelas suas famílias, diminuindo ainda mais as chances de emprego e uma vida digna (UNODC, 2014).

No gráfico abaixo, é possível visualizar que 49% das vítimas traficadas são mulheres, 18% são homens, 21% são meninas e 18% são meninos. É importante salientar que o número de crianças tem aumentado significativamente entre as vítimas do tráfico, principalmente de meninas, já que baseado no relatório anterior da UNODC, é possível perceber uma diminuição de média de idade entre as vítimas.

Depois de estarem instaladas nos países receptores, as vítimas descobrem que ao invés de melhores condições de vida, estão em uma relação de submissão com os traficantes, e então são coagidas a se manterem numa situação de exploração de trabalho sexual, sem ter como voltar ao seu país de origem, pois não possuem dinheiro, muitas vezes seus documentos estão retidos ou são falsos, sua família é ameaçada e sofrem agressões físicas. Além da dificuldade de normalmente não falarem a língua do país em que estão, e por muitas vezes se encontrarem em situação de ilegalidade neste país, não estando resguardadas pela legislação local. Com a sua mobilidade reduzida por todos esses diversos fatores, as vítimas se veem sem ter como se desvencilhar de quem as mantém escravas. (TORRES, 2012)

A grande dificuldade em determinar quem são realmente as vítimas do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é a linha tênue entre a voluntariedade e a exploração.

Embora seja um crime que viola os Direitos Humanos, há um enorme preconceito na comunidade internacional envolvendo as pessoas

que se tornaram vítimas da indústria do sexo e são obrigadas a se prostituírem (SANTOS; GOMES; DUARTE, 2009).

Como há um grande número de mulheres que migram para países desenvolvidos com o objetivo de ganhar dinheiro por meio da prostituição, como é o caso de algumas brasileiras, muito se discute sobre a diferenciação entre a opção ao trabalho sexual e sua exploração por meio de traficantes.

Entretanto, o Protocolo de Palermo deixa claro que o consentimento da vítima em migrar para outro país é irrelevante, já que mesmo sabendo que irá se prostituir, muitas delas acabam em condições subumanas, que diferem do que lhes foi prometido pelos aliciadores, o que também se configura como tráfico para a exploração sexual (ARY, 2009).

Há também muitas das mulheres que saem de seus países de forma voluntária, com propostas de emprego e enganadas sobre o real objetivo que as espera, ou até mesmo noivas de estrangeiros que prometem casamentos que nunca acontecerão, o que obstaculiza a identificação do crime de tráfico, já que os aliciadores criam enredos para ludibriar muito bem as suas vítimas (ANJOS; REBOUÇAS, 2015).

#### 4.1 OS MÉTODOS DE ALICIAMENTO

Diversas são as formas utilizadas para aliciar as vítimas. Podem ser pelos meios de comunicação como telefone e internet, por meio de anúncios em revistas e jornais, ou pessoalmente em bares, beira de estradas, locais destinados à prostituição, agências de modelos, agências de emprego, agências de casamento ou até mesmo em agências de viagens, os aliciadores utilizam-se de todo tipo de argumento para ludibriar a vítima e fazê-la acreditar que aquela é uma chance única e irrenunciável para melhorar de vida (TORRES, 2012). Segundo Damásio de Jesus (2003, p. 131-132):

Outras formas de recrutamento relacionam-se mais diretamente com a presença de aliciadores em casas de prostituição, boates, hotéis e, sobretudo, para a exploração de meninas, bares e restaurantes



de beira de estrada. Em muitos casos, o aliciamento ocorre de boca em boca, por intermédio de mulheres que foram traficadas para trabalhar em boates no exterior e retornam com a incumbência de fornecer vítimas ao negócio. Em muitos casos, os aliciadores procuram “consentimento” dos próprios familiares para o início da empreitada, sem revelar os muitos detalhes sórdidos e perigosos da oportunidade.

À vista disso, percebe-se que os criminosos sabem exatamente em que lugares encontrar pessoas mais suscetíveis a serem persuadidas a saírem de seus países em busca de circunstâncias mais favoráveis para viver.

O aliciamento das vítimas normalmente ocorre por meio do engano, onde homens e mulheres são levados a acreditar em melhores condições de vida, de trabalho e de oportunidades para crescer em outros países. As propostas são de vagas certas de emprego e as despesas da viagem pagas pelo empregador, que posteriormente revelam-se dívidas insanáveis que vinculam a vítima ao traficante e a impedem de sair daquela situação de exploração (TREVISAN; SANCHEZ, 2014).

Não obstante, nem sempre as vítimas são levadas de forma voluntária pelos criminosos. Principalmente no caso de crianças e jovens, os traficantes os retiram de forma forçada de suas famílias por meio de sequestros e raptos, estando inúmeros casos de desaparecimento relacionados ao tráfico humano (ANJOS; REBOUÇAS, 2015).

O gráfico abaixo revela os locais de origem do maior número de vítimas e as diferenças regionais de exploração, estando a Europa e a Ásia Central no topo do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, seguida pela África, pelas Américas e pelo Leste Asiático, o Sul asiático e o Pacífico, respectivamente.

É essencial que se falar na adoção internacional, pois antigamente no Brasil não havia a preocupação para que fosse realizada uma investigação rigorosa sobre a condição dos candidatos a pais adotivos e

um acompanhamento minucioso sobre a vida na qual era inserida a criança ou adolescente adotados por pais estrangeiros, facilitando muitas vezes que estes fossem explorados laboral e/ou sexualmente nos países em que pensavam ir para fazer parte de uma família (BARROS, 2010). O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tornou esse processo mais rígido e cuidadoso, ao evitar de forma significativa, portanto, que inúmeras crianças e jovens tivessem esse fim cruel.

#### 4.2 DIFICULDADES NA REPRESSÃO AO CRIME E PERFIL DO ALICIADOR

O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual conta com uma rede criminosa extensa, bastante estruturada e hierarquizada que garante o sucesso da atividade, dificultando a repressão do crime. Nesse ponto insere-se a globalização, que auxilia tal prática criminosa diminuindo as distâncias entre as fronteiras, conectando de forma mais fácil e rápida todos os países do mundo através de meios de transporte, de comunicação e de transações financeiras cada vez mais eficientes.

Desse modo, a integração entre as organizações criminosas transnacionais se torna mais sólida e intensa. Segundo o relatório da UNODC de 2014, foram detectadas aproximadamente 510 rotas internacionais desse tipo de tráfico, mas é possível que o número real seja bem maior. Tais rotas estão estrategicamente localizadas em cidades que apresentam fácil mobilidade, com rodovias, portos e aeroportos, sejam estes oficiais ou clandestinos.

As vítimas brasileiras geralmente são levadas para países de língua latina, mais especificamente Espanha e Portugal, porque além do idioma lhes soar mais familiar, o que ajuda na adaptação dessas vítimas, esses países tem um controle menos rígido de imigração, o que facilita o trabalho dos traficantes. Sendo a principal porta de entrada de brasileiras na Europa Lisboa, devido ao controle de imigração não impor dificuldades a imigrantes do Brasil.

Assim como no tráfico de entorpecentes e de armas, as organizações criminosas que traficam pessoas constituem uma forte

cadeia de atuações ilícitas que se protegem e são onipresentes, desmitificando-se a ideia de que os traficantes são pessoas de baixa renda e vítimas das desigualdades sociais. Existem ainda diferentes tipos de grupos criminosos, passando pelos ocasionais, de caráter mais amador, até as grandes organizações, que se responsabilizam por todas as etapas da concretização da prática criminosa.

No caso do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual em particular, fazem parte da gama de criminosos principalmente homens entre 31 a 40 anos, de alto poder aquisitivo, cultas, que estão presentes na sociedade de forma influente e muitas vezes possuidores de cargos públicos, que passam despercebidas como suspeitos. O perfil desses traficantes dificulta as investigações de forma direta e indireta. Indiretamente porque em sua maioria os traficantes são tidos como pessoas idôneas e acima de qualquer suspeita, principalmente os investidores, que tem sua identidade normalmente desconhecida pelo resto do próprio grupo, o que torna mais penoso chegar até eles. E diretamente porque, em se tratando de pessoas financeiramente abastadas e geralmente com uma posição social favorável, costumam corromper todo o sistema que deveria investigar e combater esse tipo de crime.

Ainda segundo o Relatório apresentado pelo UNODC em 2014, 72% dos traficantes são do gênero masculino, 28% do gênero feminino, o que demonstra uma porcentagem relativamente alta se considerada a participação de mulheres como infratoras em outros tipos de crime. Isso se dá porque elas conseguem ganhar a confiança das vítimas e de suas famílias de forma mais rápida, agindo principalmente como aliciadoras. Outra característica dos traficantes é que estes geralmente atuam nos países nos quais são cidadãos. Desses países, quase metade não tem uma legislação criminalizando o tráfico de pessoas, estando a impunidade intimamente ligada ao aumento de 5% nos casos de tráfico de pessoas registrado nos 4 anos pesquisados, sendo 70% do total de vítimas mulheres.

Há ainda, por se tratar de um crime internacional, a dificuldade em quantificar e saber ao certo o número de vítimas. Sem levar em conta a alta lucratividade da atividade, que faz com que o crime só tenha mais

adeptos e cresce mais a cada dia. Estima-se que para cada ser humano transportado de forma ilegal de um país ao outro, o lucro das redes criminosas chegue a US\$ 30 mil (UNODC, 2006). Destaca-se também a importância das máfias internacionais, como a italiana, que financia tecnologias e formas de facilitar o trabalho ilícito, que em se tratando de tráfico de pessoas para exploração sexual, envolve baixos riscos e alto lucro.

Em decorrência desse lucro, o tráfico internacional de pessoas leva seus agentes a praticarem outro crime extremamente necessário para encobrir os rastros da prática delituosa: a lavagem de dinheiro. Com o intuito de mascarar o caráter ilícito da atividade, os criminosos são obrigados a procurar meios de inserir os bens e lucros adquiridos ao patrimônio privado sem deixar vestígios, o que inclui “laranjas” e empresas fantasmas. Vale ressaltar um outro fator que obsta a repressão ao crime do tráfico de pessoas com o fim da exploração sexual, que diz respeito ao mercado consumidor, que mesmo sem estar ciente de que o serviço consumido é fruto de uma exploração, é o que dá sentido à prática ilegal que destrói milhares de vidas todos os anos no mundo inteiro.

#### 4.3 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

Diante dos números alarmantes e crescentes relacionados ao tráfico internacional de pessoas, a comunidade internacional começou a preocupar-se a partir do final do século XIX e início do século XX em entender, analisar e tentar combater esse crime de escala global. A primeira legislação pertinente ao assunto foi discutida no Tratado de Paris, selado entre França e Inglaterra no ano de 1814, inicialmente voltado para banir o comércio de negros para a escravidão laboral. Esse esforço inicial deu origem em 1926 à Convenção firmada pela Sociedade das Nações, e reafirmada, em 1953, pela ONU, que ratificaram a preocupação com o tráfico negreiro.

A Convenção de Genebra em 1956, voltou a discutir a questão e ampliou o foco a outras práticas análogas à escravidão, como a servidão por dívidas e o casamento forçado de uma mulher com o objetivo da

obtenção de vantagem econômica para seus pais ou terceiros. Além de estabelecer aos Estados membros medidas de natureza civil e administrativa para conter essas práticas, a Convenção de Genebra fixou a obrigação de tornar crimes o transporte ou a tentativa de transportar escravos de um país para outro, mutilar ou castigar, ou tentar cercear a liberdade de alguém que esteja sob sua autoridade. Essa preocupação inicial com os negros para a exploração laboral associou-se ao tráfico de mulheres brancas para a prostituição no início de século XX.

No ano de 1904 foi firmado em Paris o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, tendo sido convertido em Convenção no ano seguinte. Durante as próximas três décadas foram assinados diversos tratados sobre o assunto: a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas em Paris, no ano de 1910, a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças em Genebra, no ano de 1921, a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores em Genebra, em 1933, o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores em 1947, e por fim, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio 1949.

Inicialmente, a preocupação estava voltada a proteger as mulheres europeias, não definindo exatamente o que era o tráfico. A partir de 1910, as instituições internacionais passaram a conceituar e admitir o tráfico e a exploração da prostituição como crimes passíveis de punições criminais puníveis, inclusive, com penas privativas de liberdade e extradição. Gradativamente, essa proteção foi se expandindo até alcançar todas as mulheres, não só as europeias, além de crianças e adolescentes. A Convenção de 1910 definia o tráfico e o favorecimento a prostituição como sendo:

O aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que com o seu consentimento, de mulher casada ou solteira menor, para a prostituição. Tratando-se de mulher casada ou solteira maior, a conduta só deveria ser punida se aquelas condutas

tivessem sido praticadas “com fraude ou por meio de violências, ameaças, abuso de autoridade, ou qualquer outro meio de constrangimento”. Era permitido, porém, aos Estados Partes dar a mesma proteção à mulher casada ou solteira maior independentemente da fraude ou constrangimento (CASTILHO,2014, p. 2).

Os Protocolos de Emenda ao Acordo de 1904 e as Convenções de 1910, 1921 e 1933, foram aprovados pela ONU nos anos de 1947 e 1948, e não afetaram as definições formuladas anteriormente, apenas validaram as Convenções na nova ordem internacional após as duas Guerras Mundiais. A Convenção de 1949, porém, trouxe uma valorização à dignidade da pessoa humana, elevando-a a bem afetado pelo tráfico, assim como o bem-estar do indivíduo, de sua família e de toda a comunidade no geral, independente de gênero ou idade. Essa Convenção lançou bases para uma cooperação internacional jurídica, enfatizando a responsabilidade de cada Estado em prevenir e punir o crime, bem como reinserir as vítimas à sociedade. Permitiu também que cada Estado criasse sua própria legislação sobre o assunto.

Contudo, não foi muito eficaz em seus propósitos, sendo realizada em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que obrigou os Estados Partes a tomar medidas para eliminar todas as formas de tráfico e de exploração da prostituição de mulheres. O Conselho Econômico e Social da ONU decidiu intervir e cobrar relatórios no ano de 1983, lançando em 1992 o Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil. Esse programa foi reafirmado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos no ano seguinte, cuja Declaração e Programa de Ação de Viena trazem como imprescindível a “eliminação de todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres”.

Em 1994, a Resolução da Assembleia Geral da ONU expandiu um pouco mais o conceito de tráfico, mas só em 1995, na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, foi aprovada uma plataforma de ação para esse tipo de violência contra a mulher, incluindo dar assistência às

vítimas do tráfico. A partir daí, tais ações foram reforçadas pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998 e pela Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores no mesmo ano. Nesse contexto, foi criado pela Assembleia Geral da ONU um comitê intergovernamental que tinha como objetivo elaborar uma convenção internacional global contra a criminalidade organizada transnacional e elaborar um instrumento para tratar de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas, voltada especialmente para mulheres e crianças.

O comitê da ONU apresentou uma proposta que foi discutida intensamente ao longo do ano de 1999, que foi aprovada como Protocolo Adicional contra o Tráfico de Migrantes por Via terrestre, Marítima e Aérea, à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (PALERMO, 2000). Esse Protocolo inicia uma nova e importante fase no combate ao tráfico de pessoas no mundo inteiro. As vítimas que inicialmente eram apenas as mulheres brancas, sendo incluídas posteriormente as crianças, agora abrangem os seres humanos de forma geral, entretanto, sendo mantida a preocupação especial com mulheres e crianças. O Protocolo destacou o papel das vítimas como pessoas que sofreram graves abusos, que precisam de cuidados como tal, e exige que os Estados membros devem criar mecanismos de assistência para essas vítimas, bem como de denúncia.

Outro importante aspecto modificado pelo Protocolo de Palermo foi a definição de tráfico. Antes a preocupação girava em torno de coibir apenas o tráfico com a finalidade da prostituição, mas foi incluída no Protocolo a cláusula para fins de exploração, que engloba qualquer forma de exploração da pessoa humana, sendo usadas para exemplificar a sexual, o trabalho forçado ou a remoção de órgãos. É importante destacar a diferenciação feita acerca dos termos “prostituição” e “exploração sexual”, já que o segundo abarca também outras formas de exploração, como o turismo sexual, a pornografia virtual e os casamentos forçados.

Desde a entrada em vigor do Protocolo de Palermo em dezembro de 2003, a resposta legislativa dos países membros em criminalizar o tráfico de pessoas tem sido ampla. De acordo com o relatório apresentado pela UNODC em 2014, em novembro de 2003, quase dois terços dos países

não possuía um crime específico que criminalizava o tráfico de pessoas, ou mesmo apenas algumas formas deste crime. No final de 2006, três anos após o Protocolo entrar em vigor, essa participação caiu para 28 por cento. Em 2014, apenas 5 por cento dos países não possuíam legislação específica que criminalizasse o tráfico de pessoas.

#### 4.4 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Influenciado pelos esforços internacionais em criminalizar e suprimir o tráfico humano, o Brasil, além de ratificar o Protocolo de Palermo e o Protocolo Adicional contra o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, trazia em seu Código Penal a criminalização do tráfico de pessoas. Inicialmente o artigo 231 desse regimento apresentava a seguinte definição de tráfico: “promover ou facilitar a entrada em território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”. Devido à promulgação da Lei 12.015 de 2009, tal artigo sofrera alteração por força da Lei 11.106 de 2005, ampliando o conceito para “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”.

A pena para esse crime era de três a oito anos de reclusão, aumentando-se a pena na metade se a vítima for menor de 18 anos, não tivesse por algum motivo capacidade de discernir a prática do ato, for cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, e ainda por emprego de fraude, violência ou grave ameaça. Foi ainda acrescentado o artigo 231-A, que tratava sobre o tráfico interno para a exploração sexual, trazendo em seu conceito “promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, com pena de dois a seis anos de reclusão, incidindo os mesmos agravantes.



Fica claro que a princípio, o Código Penal Brasileiro preocupava-se apenas com o tráfico de mulheres, estendendo posteriormente ao tráfico internacional de pessoas, que passou a ser tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, considerando, dessa forma que todos os gêneros podem ser vítimas desse crime.

O Estado brasileiro intensificou os esforços no combate ao tráfico de pessoas, destacando-se o Decreto nº 5.948/06, que instituiu a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil e o Grupo de Trabalho Interministerial que elaborou o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas. A elaboração dessa política teve participação de diversos órgãos governamentais, do Ministério Público e da sociedade civil, e representou um importante marco normativo que culminou com as mudanças concluídas no ano corrente com a alteração no Código Penal Brasileiro.

Em outubro desse ano foi sancionada pelo Presidente Michel Temer a Lei 13.344/2016, resultante de Projeto de Lei do Senado (PLS 409/2012), denominado Marco Legal do Combate ao Tráfico de Pessoas, que revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal, instituindo o artigo 149-A. A proposta é originária da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil, que funcionou no Senado entre 2011 e 2012.

A nova Lei contém princípios e diretrizes para o enfrentamento, medidas de prevenção, repressão e proteção às vítimas, destacando o respeito à dignidade da pessoa humana, e inclui à tipificação de tráfico de pessoas as ações de agenciar, recrutar, transportar, comprar ou alojar pessoa mediante ameaça, violência, fraude ou abuso, com a finalidade de remover órgãos, tecidos ou parte do corpo, submetê-la a condições de escravidão, adoção ilegal e/ou exploração sexual. A pena prevista é de quatro a oito anos de prisão, além de multa. A pena pode ser aumentada caso o crime seja cometido por funcionário público ou contra crianças, adolescentes e idosos. Pode ser também agravada caso a vítima seja retirada do território nacional.

O texto também determina a cooperação entre órgãos dos sistemas de Justiça e segurança nacionais e internacionais, assim como a criação de um banco com dados de infratores e vítimas de tráfico, a fim de evitar novas ocorrências. O acolhimento e abrigo provisório para as vítimas e benefícios de ordem jurídica, social e de saúde também estão elencados.

Uma das ações do governo brasileiro foi à criação dos Núcleos Estaduais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETPs) e dos Postos Humanizados Avançados, ações essas que foram implantadas com um único objetivo, o de garantir o direito das vítimas. Nesse contexto, os núcleos oferecem as vítimas os serviços necessários, como o suporte ainda nos aeroportos, acompanhamento direto, apoio emergencial, difusão de informações e promoção de ações de prevenção, além de acionarem a defensoria pública ou outros apoios de acolhimento.

Em maio de 2013, o Brasil junto a outros dez países adotou a campanha Coração Azul que atua no enfrentamento ao tráfico de pessoas, conta ainda com a parceria entre o Ministério da Justiça e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), e tem como lema “Liberdade não se compra. Dignidade não se vende”. O país insere-se na mobilização internacional contra esse crime, e ratifica a idéia da conscientização de todos. A ação tem como símbolo o coração azul, pois representa a tristeza das vítimas e lembra a insensibilidade daqueles que compram e vendem seres humanos. O uso da cor azul também demonstra o compromisso da ONU com o combate ao tráfico de pessoas.

#### 4.5 A ASSISTÊNCIA DADA ÀS VÍTIMAS AO RETORNAREM AOS SEUS PAÍSES DE ORIGEM

Além dos esforços na prevenção, no combate e na punição aos agentes criminosos responsáveis por traficar pessoas, é responsabilidade do Estado o tratamento disponibilizado às vítimas que conseguem ser resgatadas da situação de exploração em que viviam, seja ela sexual, laboral, ou qualquer outro tipo de destinação do tráfico humano. Inúmeros são os problemas enfrentados pelas pessoas traficadas ao conseguirem

voltar aos seus países de origem, principalmente no que diz respeito à exploração sexual.

Primeiro a linha tênue que há entre a exploração sexual e a prostituição. Por não ser um assunto amplamente discutido, muitas pessoas não acreditam haver ainda hoje qualquer tipo de escravidão, principalmente de cunho sexual, sendo levadas a acreditar que as pessoas traficadas, na verdade, estavam em busca apenas de dinheiro fácil em outros países. Por conta desse estigma, muitas vítimas não conseguem encontrar um emprego, não são aceitas novamente pelas suas famílias, o que consequentemente dificulta a reconstrução de suas vidas.

Outro fator que obstaculiza a reinserção social das vítimas traficadas é o trauma psicológico decorrente das ameaças, maus tratos e violência que sofreram, o que exige um cuidado maior por ser um dano que não pode ser quantificado e que pode levar anos para ser recuperado, principalmente porque a maioria das pessoas que viveram em cenários de exploração, coação, agressões físicas e verbais, por exemplo, tem a tendência de não querer falar sobre o assunto, nem mesmo com especialistas, com medo de reviverem as lembranças de medo e angústia que guardam em si, e desenvolvem assim quadros de depressão e até tendências suicidas.

Há também que se falar nos danos físicos causados pela violência física, abusos constantes, uso forçado de drogas, privação de sono, alimentação insuficiente e inadequada, bem como abortos forçados. Muitas delas contraem doenças sexualmente transmissíveis e respiratórias que vão levar para sempre. Ademais, muitas delas podem ainda ser separadas de filhos que foram concebidos durante o cárcere, o que causa um dano irreparável.

Diante disso, urge que sejam criados no Brasil e no mundo programas de proteção às vítimas desse tipo de crime, oferecendo-lhes proteção, segurança, assistência médica e psicológica, propiciando uma reintegração familiar, social e no mercado de trabalho, além de ser de grande importância desmistificar o preconceito existente que faz com que, muitas vezes, as pessoas que tiveram sua integridade física e psicológica

violadas, sua mobilidade restringida e sua intimidade extinta, sejam marginalizadas pela sociedade.

## **5 CONCLUSÃO**

Através das discussões realizadas no presente estudo, pode-se observar que o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual não é uma realidade nova para a humanidade e está longe de ser erradicada, por ser um crime realizado por organizações criminosas muito bem articuladas. Gerar grandes lucros com baixos riscos e com o silêncio das próprias vítimas, por motivos como vergonha, medo da discriminação ou represálias do próprio tráfico a si mesmas e às suas famílias compõem suas consequências.

Contudo, os esforços para barrar o crescimento dessa atividade devem ser categóricos e incisivos, envolvendo a melhoria de cada país em sua política de enfrentamento interno e também pela cooperação dos Estados, por tratar-se de um crime transnacional. Desse modo, as ações de combate devem ser pensadas e concretizadas a nível nacional e internacional, já que seus efeitos são sentidos em ambas as esferas.

A principal medida de prevenção é promover campanhas educacionais que divulguem a existência do crime, os métodos utilizados pelos seus agentes e os riscos que crianças, jovens e adultos correm ao serem ludibriados com propostas milagrosas de melhora de vida em países do exterior. Na seara do combate interno ao tráfico, destaca-se a responsabilidade em disponibilizar o cumprimento dos direitos essenciais de uma vida minimamente digna à população, garantindo a efetivação dos direitos humanos e, no caso do Brasil, da própria Constituição Brasileira.

Cabe também ao Estado realizar medidas de controle efetivo das atividades econômicas realizadas por estrangeiros, ações mais intensas das autoridades estatais em investigar e punir os agentes criminosos, incluindo os próprios servidores públicos corruptos, o treinamento de servidores dos consulados e embaixadas brasileiras no exterior, a fim de que identifiquem casos de tráfico e garantam a proteção as vítimas. Cita-se ainda o aperfeiçoamento de banco de dados em relação ao delito que possam armazenar informações acerca das rotas utilizadas para o tráfico,

necessidade de investigação detalhada de tais crimes, realização de fiscalização nas fronteiras, desenvolvimento de programas que incentivem a denúncia e uma ênfase maior no estudo sobre o crime de tráfico humano para entender de forma mais profunda a sua dinâmica são algumas das sugestões para diminuir a incidência desse crime.

No que diz respeito à assistência dada às vítimas, a proteção deve começar já no país de destino em que a vítima foi resgatada, sendo proporcionada a ela moradia segura e adequada, acesso à saúde, suporte financeiro, e aconselhamento na sua língua gênese. No seu país de origem, são necessárias medidas de reinserção à sociedade, com o auxílio de profissionais capacitados para que essa pessoa possa voltar a ter uma vida normal no seio de sua família.

No plano internacional, é preciso que sejam mais rígidas as políticas de controle migratório, bem como que haja uma maior interação entre os governos, instituições e ONGS voltadas para o combate do tráfico internacional de pessoas com o objetivo da exploração sexual.

Muitos avanços já foram feitos, principalmente no que diz respeito à desmistificação da culpa das vítimas, e à desvinculação do tráfico para exploração sexual apenas de mulheres, englobando o gênero de seres humanos. Apesar do progresso legislativo mencionado no Brasil e no mundo, impulsionado primordialmente pela Organização das Nações Unidas, ainda são muito poucas condenações por tráfico de pessoas em todo o mundo. O quadro global da resposta de justiça criminal permaneceu praticamente estável nos últimos anos.

Um número mínimo de países está relatando um aumento do número de condenações, que continua a ser muito baixo. Isso reflete as dificuldades dos sistemas de justiça penal para combater adequadamente o tráfico de pessoas, e conseqüentemente, a necessidade de atenção e esforços do mundo inteiro para erradicar esse problema que atinge toda a população mundial.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBUQUERQUE Carolina. Mecanismos de combate ao tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: . Acesso em: 1 dez. 2017.

ANJOS, L. REBOUÇAS, G. M. Do trabalho infantil à escravidão contemporânea: a realidade multifacetada da exploração sexual de crianças e adolescentes = Fromthelabourtoslaverycontemporary: themultifaceted reality ofcexualexploitationofchildrenandteens. **Revista Científica Internacional**, Rio de Janeiro, v.10, n.4, p. 156-174, out./dez., 2015. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

ARY, T. C. **O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. 2009.159 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em:. Acesso em: 26 mar. 2017.

BARROS, M. A. de. Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual e a adoção internacional fraudulenta. **Justitia**, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 121-154, jan./dez., 2010. Disponível em:. Acesso em: 26 mar. 2017.

BEZERRA, P. C. S. **Lições de teoria constitucional e de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Podivm, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (1940)**. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Ministério da Justiça. Brasil investe em ações de combate ao tráfico de mulheres. **Cidadania e Justiça**, 2015. Disponível em: . Acesso em: 1 dez. 2017

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de pessoas: Da convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

DORNELLES, João Ricardo. A internacionalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV , Nº 4 e Ano V , nº 5, 2004. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

FERREIRA, Éder. **A determinação ontonegativa dos direitos humanos – Cadernos de pesquisa marxista do Direito**. São Paulo: Outras Expressões, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças: Brasil: aspectos regionais e nacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. 403 p. ISBN 85-02-04178-9

LEAL, Rogério Gesta. O reconhecimento internacional dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 1, p.84-91.

MELO, Tarso. **Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

OLIVEIRA, A. F. S. de; SANTOS, J. J., dos. **Fatores originários do tráfico internacional de pessoa**. ETIC, São Paulo, v.7, n.7, 2011. Disponível em:. Acesso em: 26 mar. 2017.

PINHEIRO, C.; SANCHEZ, C. J. P. **O tráfico internacional de pessoas e o envolvimento do Brasil em seu combate**. ETIC, São Paulo, v.9, n.9, 2013. Disponível em:. Acesso em: 26 mar. 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8 Ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei 13.344 de 06 de outubro de 2016**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm)>. Acesso em 26 mar. 2017.

REZENDE, R. V. **Tráfico de seres humanos: um mal sem fronteiras**. ETIC, São Paulo, v.7, n.7, 2011. Disponível em:. Acesso em: 26 mar. 2017.

SANTOS, B. S.; GOMES, C.; DUARTE, M. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação = The Sexual Trafficking of Women: Representations of Illegality and Victimization = Trafic sexuel de femmes: représentations sur l'illégalité et la victimation. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 87, p. 69-94, 2009. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, T. A.; ÁVILA, M. A. Turismo sexual e exploração sexual infantil: uma análise da atuação do programa sentinela em Ilhéus. **Passos**, v.8, n.1, p. 185-193, 2010. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

SYMONIDES, Janusz. **Novas Dimensões, obstáculos e desafios para os Direitos Humanos**. (S.l.:s.n) 2003. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

TORRES, Hédel de Andrade. **Tráfico de mulheres - Exploração sexual: liberdade à venda**. Brasília-DF: Rossini Corrêa, 2012. 228 p. ISBN 978-85-913321-2-0.

TREVISAN, M. G.; SANCHEZ, C. J. P. Tráfico humano: um problema invisível. **ETIC**, São Paulo, v.10, n.10, 2014. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Trafficking in persons: global patterns**. April, 2006. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report on Trafficking in Persons**, 2014. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP\\_2014\\_full\\_report.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf).

pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.



## A EDUCAÇÃO PRISIONAL COMO INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** A relevância da educação prisional como instrumento de ressocialização e de desenvolvimento de habilidades e de educação para a empregabilidade é notória no sentido de auxiliar os reclusos a reconstruir um futuro melhor durante e após o cumprimento da sentença. Os objetivos de encarceramento ultrapassam as questões de 'punição, isolamento e detenção. A educação auxilia e permite a obtenção dos objetivos centrais de reabilitação que incidem em resgate social e educação libertadora numa dimensão de autonomia, sustentabilidade e minimização de discriminação social.

**Palavras-chave:** Educação Prisional; Recuperação; Preocupação de toda a sociedade.

**ABSTRACT:** The relevance of prison education as a tool for resocialization and skill development and education for employability is notorious in helping prisoners rebuild a better future during and after the sentence is served. Incarceration goals go beyond the issues of 'punishment, isolation and detention. Education helps and enables the attainment of the central objectives of rehabilitation that focus on social rescue and liberating education in a dimension of autonomy, sustainability and minimization of social discrimination.

**Keywords:** Prison Education, Recovery, Concern of the whole society.

**RESUMEN:** La relevancia de la educación prisional como instrumento de resocialización y de desarrollo de habilidades y de educación para la empleabilidad es notoria en el sentido de ayudar a los reclusos a reconstruir un futuro mejor durante y después del cumplimiento de la sentencia. Los objetivos de encarcelamiento sobrepasan las cuestiones de castigo, aislamiento y detención. La educación ayuda y permite la obtención de los objetivos centrales de rehabilitación que inciden en

rescate social y educación liberadora en una dimensión de autonomía, sostenibilidad y minimización de discriminación social.

**Palabras clave:** Educación prisional, Recuperación, Preocupación de toda la sociedad.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Mediante a consciência reflexiva, simbólica, o homem desenvolve a linguagem, utilizando-se da palavra; dá sentido à vida, segundo os significados que advêm fundamentalmente dos símbolos, das palavras, dos nomes. Assim, os conceitos (símbolos) são necessários às experiências dos indivíduos em conexão à realidade. Logo, o processo da aprendizagem precisa mobilizar tanto os significados, os símbolos, quanto os sentimentos, as experiências a que eles se referem.

O sistema prisional dos Estados Unidos tem seus alvos. As minorias são as mais afetadas. Seus “clientes” são basicamente pobres, negros e latinos (rabble class). Os negros representam a minoria da população, mas são a maioria dentro dos presídios. Um de cada 19 homens negros está na prisão. Enfim, segundo John Irwin, “o encarceramento serve para governar a ralé”.

Na Europa, numerosos países aprovaram leis que garantem o direito dos presos à educação. Essas normas legais apresentam geralmente muita semelhança, embora, principalmente nos países do Leste europeu, observe-se uma distância considerável entre o que prescrevem as leis e a vida cotidiana nas prisões.

Na América Latina, a reabilitação prisional, pretendida pela legislação penal, tem patenteado, na prática, o desalento, a aflição e a definitiva rebeldia contra uma sociedade que fecha as portas ao egresso.

A educação deve ser vista como um direito, não para a reintegração. Claro que isso é muito importante, mas se a reintegração for impossível, a educação continua a ser um direito. Não devemos instrumentalizar a

educação unicamente para um papel social ou do tipo político-social. A educação pode ser uma solução se for uma educação ao longo da vida, não apenas do tipo profissional ou a reeducação. É para muitos presos a primeira oportunidade de compreender sua história e de tratar de desenvolver seu próprio projeto de vida.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

A educação é importante na recuperação, muitos detentos têm baixos padrões de escolaridade. Uma parcela significativa não domina as competências básicas de leitura e escrita, esse baixo nível de escolaridade afetou suas vidas e pode ter contribuído para que cometessem delitos, por isso os programas e projetos de educação nos presídios são importantes para desenvolver nos encarcerados seu senso de autovalorização.

Os programas e projetos educacionais precisam ser desenvolvidos dentro das prisões para que se trabalhe a conscientização dos educandos ajudando a desenvolver seu senso de autovalorização. Pois um indivíduo que nasceu na miséria e por consequência não teve acesso a uma educação satisfatória ou a de nenhum tipo, não pode agir com discernimento em seus atos.

A história do sistema penitenciário no Brasil revela que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção ou a edificação inadequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados.

As regras mínimas da ONU sobre tratamento de presos soam como piada para nós. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais nosso País é signatário, são solenemente ignorados. Descumprimos, reiteradamente, a Lei de Execuções Penais em inúmeros dispositivos, com destaque, é óbvio, para os que dispõem sobre os direitos do preso.

Em âmbito internacional, as “Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros”, elaborado no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em

Genebra, em 1955, estabeleceu uma garantia específica à educação nas prisões. Em que pese este documento ser um marco na garantia do direito à educação das pessoas presas, as orientações previstas neste são restritivas, e não afirmam o caráter universal deste direito.

O Plano Nacional de Educação estabeleceu em sua 17ª meta que, no período de 10 anos, os poderes públicos deverão: “Implantar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional, contemplando para esta clientela as metas nº 5 (financiamento pelo o MEC de material didático-pedagógico) e nº 14 (oferta de programas de educação à distância) ”.

Já no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, a meta 26 determina que os Poderes Públicos deverão: “apoiar a elaboração e a implementação de programas para assegurar a educação básica nos sistemas penitenciários”.

A educação é um direito social assegurado pela Constituição Federal e consagrado na legislação internacional. No entanto, quando se trata da população encarcerada, tal direito parece não ter o mesmo grau de reconhecimento. Se é fato que as camadas pobres da população são privadas de vários direitos, entre eles, o direito a uma educação de qualidade, essa realidade torna-se ainda mais contundente e pior – mais invisível ou naturalizada – em se tratando de pessoas condenadas pelo sistema de justiça penal. No Brasil, em muitas instituições penais, a oferta de serviços educacionais é inexistente, insuficiente ou extremamente precária, o que se soma a regimes disciplinares e legais que não incentivam ou mesmo inviabilizam o engajamento de pessoas presas em processos educacionais.

A educação pode ser considerada, entretanto, um caminho promissor para a reintegração social da pessoa condenada à pena de prisão. Mas, além disso, e antes de tudo, é um direito humano universal que deve ser assegurado a todas as pessoas, independentemente de sua situação; é um direito que, ademais, potencializa o exercício de outros direitos como o

trabalho, a saúde e a participação cidadã. A extensão dos serviços de educação a grupos historicamente marginalizados – como as pessoas privadas de liberdade – é, portanto, parte essencial na luta pela afirmação dos Direitos Humanos em sua universalidade. Os poucos dados existentes a respeito da escolaridade das pessoas presas no Brasil apontam que, apesar de mais de 70% delas não terem concluído o ensino fundamental e de 10,5% serem analfabetas, apenas 17% estudam. Os números, bastante eloquentes, mostram que é urgente a mobilização dos órgãos governamentais e da sociedade civil para que se cumpra no Brasil a Constituição, que garante a todos os brasileiros, independentemente da idade, o direito ao ensino fundamental e obriga o Estado a ofertá-lo, assim como a Lei de Execução Penal, que garante ao preso o direito ao estudo.

O Estado de São Paulo concentra metade da população encarcerada do país e, nos últimos anos, assistiu à escalada da superpopulação, desumanização e desgoverno das instituições penitenciárias. Nesse sentido, não é apenas pertinente, mas urgente a formação de um grupo de trabalho permanente sobre educação nas prisões, para reunir e potencializar os esforços de pessoas e instituições dedicadas à promoção dos direitos humanos das pessoas presas e dos direitos educativos.

Na atualidade o direito a educação incluiu a disponibilidade, acessibilidade, adaptabilidade e aceitabilidade, nenhum texto jurídico prevê a perda desse direito, o que é mais importante, esta perda não é uma exigência da privação da liberdade.

Profundas mudanças globais, sociais, políticas e econômicas tiveram um impacto forte em todos os sistemas penitenciários. Embora estes sistemas variem, posto que reflitam características, línguas, culturas políticas, populações, filosofias e instituições particulares a cada Estado. Apesar das diferenças entre os sistemas penitenciários é evidente que para todos eles a participação dos reclusos em atividades educativas é um problema essencialmente complexo e que, quando existe, se dá em um meio inerente e hostil frente a suas possibilidades libertadoras.

Presente desde os primórdios da prisão, a educação é arrolada como atividade que visa a proporcionar a reabilitação dos indivíduos punidos.

Contudo, considerando que os programas da operação penitenciária se apresentam de forma premente a fim de adaptar os indivíduos às normas, procedimentos e valores do cárcere - afiançando, portanto, aquilo que se tornou o fim precípua da organização penitenciária: a manutenção da ordem interna e o controle da massa carcerária - quais são as possibilidades para uma "educação autêntica, que não descuide da vocação ontológica do homem, a de ser sujeito" (Freire, 1979, p. 66).

Rege a Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, são autoaplicáveis. Desta forma, os direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo governo brasileiro e constante nos tratados internacionais (Constituição da República Federativa do Brasil, parágrafos 1º e 2º, art. 5º CF).

No Brasil, o MEC e o MJ trabalham juntos desde 2005 para criar uma política pública de educação prisional, com diretrizes nacionais. "Na maioria dos estados, existe educação nas prisões, mas de forma aleatória. Faltam vagas para os alunos interessados em estudar, nem sempre há todos os níveis. Há turmas de alfabetização e ensino fundamental, mas há alunos que gostariam de fazer o ensino médio também", diz Timothy Ireland. Ele conta que muitos presídios não dispõem sequer de espaço físico que comporte salas de aula. "Já vi até um corredor adaptado. A primeira parte era para turmas de alfabetização, a do meio para ensino fundamental e o fundo, para ensino médio. Tudo muito precário. "

A noção de educação prisional como direito está no auge das discussões em todo o mundo. Em novembro de 2006, por exemplo, o Brasil acolheu, em Belo Horizonte, as discussões do Fórum Educacional do Mercosul, que tinha como um dos núcleos de debates o Seminário de Educação Prisional, que recebeu autoridades neste assunto de toda a América Latina e Europa e de entidades ligadas à educação e direitos humanos. O objetivo era criar uma rede latino-americana de discussões,

que colocasse na pauta dos governos de cada país a educação prisional como direito inalienável de todos e as possíveis soluções para tornar essa educação mais proveitosa.

O tratamento reeducativo é o termo técnico usado no Direito Penitenciário, na Criminologia Clínica e na Legislação Positiva da ONU. Segundo a concepção científica, o condenado é a base do tratamento reeducativo e nele observa-se: sua personalidade, através de exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico; e um estudo social do caso, mediante uma visão interdisciplinar e com a aplicação dos métodos da Criminologia Clínica. É ponto de união entre o Direito Penal e a Criminologia.

O sistema penitenciário necessita de uma educação que se preocupe prioritariamente em desenvolver a capacidade crítica e criadora do educando, capaz de alertá-lo para as possibilidades de escolhas e a importância dessas escolhas para a sua vida e conseqüentemente a do seu grupo social. Isso só é possível através de uma ação conscientizadora capaz de instrumentalizar o educando para que ele firme um compromisso de mudança com sua história no mundo. Sobre isso, Gadotti (in: Educação, 1999, p. 62) diz que “Educar é libertar [...] dentro da prisão, a palavra e o diálogo continuam sendo a principal chave. A única força que move um preso é a liberdade; ela é a grande força de pensar.”

Educação é um fenômeno de produção e apropriação dos produtos culturais, expresso por um sistema aberto de ensino e aprendizagem, constituído de uma teoria de conhecimento referenciada na realidade, com metodologias (pedagogia) incentivadoras à participação e ao empoderamento das pessoas, com conteúdo e técnicas de avaliações processuais, permeados por uma base política estimuladora de transformações sociais e orientados por anseios humanos de liberdade, justiça, igualdade e felicidade.

No Brasil, algumas experiências de sucesso permanecem pouco divulgadas. Contudo, três modelos parecem apontar os caminhos que uma política de reintegração pode seguir. O primeiro exemplo é a Penitenciária Industrial de Guarapuava, localizada na cidade de Guarapuava, Paraná, na

qual é desenvolvido um programa, através da parceria público-privado, onde o Estado se responsabiliza pela administração e segurança interna e a empresa envolvida oferece ensino profissionalizante e trabalho qualificado dentro do presídio. Desta forma, elimina-se a ociosidade do apenado, contribui-se para a sua socialização e, simultaneamente, as despesas públicas são reduzidas.

Outra experiência de sucesso existente em muitos estados do país é a parceria entre os executivos estaduais e uma organização não-governamental (ONG) denominada Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac). Neste modelo, o Estado constrói a unidade penitenciária e, quando a inaugura, transfere sua gestão para Apac, permanecendo, contudo, na função de prover tanto a segurança como a alimentação dos apenados. Com experiência pioneira em São José dos Campos, este tipo de parceria consiste na seleção dos reclusos para transferi-los de delegacias para a unidade, considerando uma homogeneidade em relação ao perfil criminal e contando com a participação da família desses apenados em atividades desenvolvidas pela ONG dentro e fora da unidade prisional, como programas de geração de renda. A permanência do interno na unidade é baseada na reconstrução da sua família e no entendimento de que ele deve recompensar a sociedade pelo seu delito.

Uma terceira experiência, desde 1999, na Penitenciária Estadual de Londrina, é o funcionamento efetivo de uma igreja, na qual alguns funcionários partilham do conhecimento religioso com os internos, estabelecendo uma interação que possibilita o planejamento e a implementação de ações da igreja. A exemplo do modelo Apac, a relação entre funcionários e apenados baseia-se no compromisso e na confiança mútua. Da mesma forma, os internos também são selecionados, a partir de critérios como iniciativa, manifestação de desejo de participar e esperança na reabilitação.

Desta forma, a proposta sugerida pelo Pronasci de edificar unidades prisionais específicas para jovens vem no sentido de minorar os efeitos negativos do inadequado tratamento dado aos apenados no Brasil. Se bem administrado, pode atenuar ainda os resultados perversos de políticas



públicas anteriores e desenvolver mecanismos que viabilizem a modificação do cenário existente.

Um consenso obtido é o de que o Estado, sozinho, não é capaz de reintegrar os apenados, especialmente os que se situam na faixa de 18 a 24 anos. Ciente que a existência de presídios está ligada à segregação e aos desajustes de diversas naturezas, a sociedade deve se interessar pelo êxito social do apenado e ceder espaço para sua integração. Para que este objetivo possa ser alcançado, as recentes experiências brasileiras ressaltam a importância do envolvimento da sociedade na realização de políticas públicas de resgate do infrator, implementadas através de iniciativas e parcerias público-privadas com as muitas Ongs brasileiras que já possuem conhecimento acumulado na tarefa de desenvolvimento e implementação de políticas de redução da violência.

O Brasil já coleciona experiências bem-sucedidas de ressocialização de presos através de parcerias de governos estaduais com organizações não-governamentais, igrejas e familiares dos presos, que tem como “ingrediente básico” a promoção de redes sociais alternativas. Ou seja, é possível. Neste sentido, o que se pode esperar da administração pública é que assuma o compromisso político com esta proposta, com a definição e planejamento de ações e avaliação dos seus impactos – do contrário vamos continuar convivendo com uma “panela de pressão pronta para explodir”, que foi a definição dada por um agente penitenciário aos presídios cariocas. E isto não interessa a ninguém – ou melhor, interessa a muito poucos.

Desde que a prisão se tornou a pena por excelência, relegando os castigos corporais, os suplícios físicos, desonras, banimentos, esforços extenuantes, etc. (Rocha, 1994), recaiu sobre ela a dupla função de punir e reabilitar.

Fundada nesta dupla finalidade a pena de encarceramento se sedimentou e se proliferou desde os primórdios do século XIX, inicialmente na Europa e, posteriormente, para o restante do mundo.

Considerando a tarefa de reabilitar os indivíduos punidos, áreas diversificadas do conhecimento foram aglutinadas na instituição carcerária para consecução dessa finalidade: arquitetura, sociologia, psiquiatria, serviço social, psicologia, pedagogia e direito.

A reabilitação dos indivíduos por meio do encarceramento, fruto da aglutinação desses saberes, funda-se em três grandes princípios: o isolamento, o trabalho penitenciário e a modulação da pena (Foucault, 1986). A partir deles tornou-se possível a edificação de um saber técnico-científico sobre os indivíduos, declinando o foco de ação do crime, para aquele que o cometeu. O indivíduo é o foco central da operação penitenciária, não o seu ato.

O princípio do isolamento efetiva-se, primeiro, em relação ao indivíduo transgressor com o mundo exterior. Depois, mediante a classificação dos detentos, um em relação aos outros, dispostos a partir da função de individualização da pena. Essa função é desencadeada tendo em vista o indivíduo punido (não o infrator), objeto de transformação do aparelho carcerário.

Junto ao isolamento, o trabalho é definido como parte constituinte da ação carcerária de transformação dos indivíduos. Impõe-se, não como atividade de produção, mas pelos efeitos que faz desencadear na mecânica humana, proporcionando a ordem e a regularidade; o que sujeita os corpos a movimentos regulares, exclui a agitação e a distração, impõe uma hierarquia e uma vigilância que serão ainda mais bem aceitas, e penetrarão ainda mais profundamente no comportamento dos condenados. (Foucault, 1986, p. 203)

Por fim, o princípio da autonomia penitenciária que permite a modulação da pena, ajustando-a àquela transformação, uma vez que a duração do castigo não deve relacionar-se diretamente à infração, mas sim à transformação útil do indivíduo, no decorrer do cumprimento da sentença. A operação penitenciária é quem deve controlar os efeitos da punição.

A fim de processar a transformação útil do indivíduo, a prisão deve, simultaneamente, ser o local de execução da pena e de uma sistemática e

rigorosa observação dos indivíduos punidos. É a partir desta que os rigores, atenuantes, progressões e regressões da pena serão aplicados.

Tais princípios, desde o surgimento da pena de encarceramento, formaram os fundamentos a partir dos quais foram edificadas as máximas para uma adequada administração penitenciária, ou seja, que lhe proporcionariam a consecução das finalidades de punir e reabilitar o indivíduo transgressor. "Princípios de que, ainda hoje, se esperam efeitos tão maravilhosos, são conhecidos: constituem há 150 anos as sete máximas universais da boa condição penitenciária" (Foucault, 1986, p. 221). São elas:

1ª) Correção - a prisão deve ter como função essencial a transformação do comportamento do indivíduo; a recuperação e reclassificação social do condenado;

2ª) Classificação - o indivíduo condenado deve ser isolado, primeiro em relação à sociedade, depois repartidos entre eles, a partir de critérios que envolvam idade, sexo, disposições e técnicas que se pretendam utilizar para que se processe sua transformação, bem como suas respectivas fases para operá-las; a pena deve ser não só individual, como individualizante;

3ª) Modulação das penas - a pena deve ser proporcional, de acordo com a individualidade dos condenados e com os resultados da terapêutica penal, com vistas a se processar sua transformação, prevendo progressos e recaídas inerentes deste processo;

4ª) Trabalho como obrigação e como direito - é considerado como uma das peças fundamentais para transformação e socialização dos detentos, que devem aprender e praticar um ofício, provendo com recursos a si e à sua família;

5ª) Educação penitenciária - deve ser preocupação diuturna do poder público dotar o indivíduo da educação, no interesse da sociedade, provendo sua instrução geral e profissional;

6ª) Controle técnico da detenção - a gestão das prisões, seu regime, deve ser realizado por pessoal capacitado, que zele pela boa formação dos condenados;

7ª) Instituições anexas - o indivíduo deve ser acompanhado por medidas de controle e assistência, até que se processe sua readaptação definitiva na sociedade.

A partir de tais pressupostos, combinando seus efeitos punitivos à operação correcional, a prisão apresenta-se como a instituição de combate ao crime. A constatação de que ela não reduz a criminalidade é tão antiga quanto a própria prisão. Exceto pelos números, as críticas ao seu fracasso permanecem idênticas nos mais de cento e cinquenta anos de sua existência. Antes de contribuir para a extinção do comportamento criminoso, a prisão produz a reincidência. Afinal, a prisão propicia a organização dos delinquentes, na medida em que desencadeia uma forma de socialização em seu submundo, estabelecendo solidariedade, cumplicidade e hierarquia entre eles.

De forma bastante singular, entretanto, a prisão, invariavelmente apresenta-se como a solução para o problema da criminalidade que ela própria contribui para sedimentar. Sempre acompanhada de planos de reformas, os quais, em seu bojo, reafirmam as máximas que constituíram a prisão desde seu surgimento.

O que justifica a existência capilar da prisão na sociedade, não obstante seu absoluto fracasso em combater a criminalidade, antes que suprimir as infrações, é distingui-las, distribuí-las e até utilizá-las:

Organizar as transgressões numa tática geral de sujeições (...) É uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles (Foucault, 1986, p. 226).

A operação penitenciária, portanto, gerencia a delinqüência, inserida numa estratégia global de dominação e disciplinarização - Corrigir as

peessoas sempre foi um objetivo estreitamente ligado ao uso que se quer fazer delas (Rocha, 1994, p. 170).

A diferença entre um infrator e um delinqüente está em que o que caracteriza o delinqüente não é o ato da infração, mas a sua vida. A justiça condena o infrator pelo ato da infração, o sistema carcerário não apenas faz com que a infração o marque pela vida toda, como realiza a socialização que o insere definitivamente no mundo do crime. (Ramalho, 1979, p. 163)

A lenta formação do delinqüente transparece na investigação biográfica, fator de extrema importância na história da penalidade, "porque faz existir o criminoso antes do crime" (Foucault, 1986, p. 211). A biografia marca o autor da transgressão com uma criminalidade que, portanto, exige as medidas da ação penitenciária. Nesse aspecto, confundem-se o discurso penal e psiquiátrico. No ponto de intersecção desses discursos, surge a noção de indivíduo perigoso, "que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de sua biografia inteira e um veredicto de punição - correção" (Foucault, 1986, p. 211).

Afora a perda da liberdade física (ou do direito de ir e vir), a prisão subjug o detento ao comando de uma estrutura autoritária e de uma rígida rotina autocrática que opera como uma grande máquina impessoal. O controle sobre os indivíduos é exercido de forma ininterrupta, regulando-se de modo minucioso todos os momentos de sua vida. Com a nítida orientação de preservar a ordem, a disciplina, evitar fugas e motins, a organização penitenciária elege como forma eficaz submeter o recluso, cercear quaisquer possibilidades do exercício de sua autonomia (Thompson, 1976).

Ao adaptar sua conduta e comportamento às normas e padrões da instituição, o preso gradualmente passa a obter acesso a determinados bens ou prerrogativas na prisão. Certas necessidades, procedimentos ou vontades que na vida fora da prisão eram absolutamente corriqueiras, no interior dela adquirem a qualidade de privilégios: tomar um café quente, ir a algum lugar sem motivo aparente, faltar ao trabalho ou à aula, sair com um grupo ou outro de pessoas, dormir ou acordar em horários diferentes, etc.

Em contrapartida, essa adaptação tende à despersonalização do sujeito apenado - a mortificação de seu eu (Goffman, 1996). Quanto maior a intensidade do ajustamento ao sistema social da prisão, maiores as possibilidades de se alcançar os privilégios de que ela dispõe. Ao contrário, mostrar-se resistente acarreta ao indivíduo punido um maior rigor, severidade e endurecimento de seu regime.

No que concerne à administração penitenciária, o sistema de privilégios é vital para sua gestão, constituindo-se num dos sustentáculos de seu modelo organizacional. Em face da importância que esse sistema representa aos reclusos, inexoravelmente, ele se encerra como uma forma eficaz de controle da massa encarcerada. Comportamentos e condutas não desejáveis pela organização significam o impedimento em obtê-los. Tal controle tende a intensificar-se, pois, no interior das prisões, todas as esferas da vida do indivíduo interpenetram-se. Assim, ser recriminado ou avaliado negativamente em determinada atividade influencia e repercute nas demais, sendo toda sua conduta considerada como não adequada.

É a partir desse pressuposto que o indivíduo passa a organizar toda sua vida encarcerada. Mais que uma motivação, torna-se uma obsessão, que se materializa na inserção em atividades que permitem a remição de pena - trabalho penitenciário - ou nos programas que lhe atribuem a qualidade de uma boa conduta - caso da educação e cursos em geral, cultura, esportes e grupos terapêuticos. Manifesta-se também na sua forma de proceder e de relacionar-se com outros presos, funcionários, técnicos e dirigentes. "Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre" (Thompson, 1976, p. 42).

Nesse sentido, essa busca incessante de mostrar-se adequado aos padrões da prisão transforma-se em princípio e fim das ações dos encarcerados. Os objetivos que, pressupõe-se, deveriam ser inerentes às atividades, seja de educação, cultura, esportes, profissionalização ou terapêuticas, são declinados em favor dessa busca.

Indivíduo "reabilitado", portanto, seria o infrator plenamente ajustado ao aparelho carcerário; especificado e patologizado técnica e

cientificamente em face da sociedade - "preso um dia, preso toda a vida" (Castro et al., 1984, p. 110).

O sistema punitivo necessita de uma reorganização. Tem que se mudar os métodos arcaicos de tentativa de ressocialização, as penas alternativas têm que sair da ideia para prática, o corpo penal tem de fazer uma reciclagem, a realidade fática que se nos apresenta é diversa da pretendida na Lei Maior Brasileira (Constituição) e pela Legislação Penitenciária.

A educação, no contexto sociocultural, que deveria significar o auxílio aos indivíduos para que pensem sobre a vida que levam; que deveria permitir uma visão do todo cultural onde estão, desvirtua-se na escola. Nesta, as pessoas são preparadas para executar trabalhos parcializados e mecânicos no contexto social. A escola mantém e estimulam a separação da razão e do pensamento, dêis que sua finalidade é preparar mão-de-obra à sociedade industrial; transmitir conceitos desvinculados da vida concreta dos educandos, impondo desconsiderar o risco da visão de mundo das classes dominantes. Com efeito, a educação precisa transmitir significados presentes na vida concreta de quem se pretende educar ou reeducar; de modo diverso, não produz resultado, aprendizagem.

Deve existir garantia de fundos públicos suficientes, para que as pessoas em situação de aprisionamento tenham oportunidades educativas, e essas oportunidades devem corresponder às necessidades específicas das pessoas, razão pela qual é indispensável que a oferta não seja limitada ao ensino fundamental ou vocacional, mas ampliada ao ensino médio e superior. Os Estados devem conhecer, estudar e transpor as barreiras sociais enfrentadas pelas pessoas privadas de liberdade, de modo que a oferta educativa signifique realmente uma oportunidade de liberdade em todos os sentidos.

Organizar junto às instituições penitenciárias programas amplos de educação destinados a desenvolver plenamente as potencialidades de cada recluso, os quais também deveriam minimizar os efeitos negativos do encarceramento, melhorar as perspectivas de reinserção e reabilitação, autoestima e a moral. A construção de espaços adequados para a oferta

de educação, bem como de esporte e cultura, seja proporcional à população atendida em cada unidade.

As autoridades responsáveis pela gestão transformem a Escola num espaço de fato integrado às rotinas da unidade prisional e da execução penal, com a inclusão de suas atividades no plano de segurança adotado.

Seja realizado um diagnóstico da vida escolar dos apenados logo no seu ingresso ao sistema, com vistas a obter dados para a elaboração de uma proposta educacional que atenda às demandas e circunstâncias de cada um.

Seja garantido o atendimento diferenciado para presos (as) do regime fechado, semiaberto, aberto, presos provisórios e em liberdade condicional e aqueles submetidos à medida de segurança independente de avaliação meritocrática.

O atendimento contemple a diversidade, atentando-se para as questões de inclusão, acessibilidade, gênero, etnia, credo, idade e outras correlatas.

Os responsáveis pela oferta elaborem estratégias para a garantia de continuidade de estudos para os egressos, articulando-as com entidades que atuam no apoio dos mesmos – tais como patronatos, conselhos e fundações de apoio ao egresso e organizações da sociedade civil.

A remição pela educação seja garantida como um direito, de forma paritária com a remição concedida ao trabalho e cumulativa quando envolver a realização paralela das duas atividades.

O trabalho prisional seja tomado como elemento de formação e não de exploração de mão-de-obra, garantida a sua oferta em horário e condições compatíveis com as da oferta de estudo.

Além de compatível, o trabalho prisional (e todas as demais atividades orientadas à de reintegração social nas Prisões) se torne efetivamente integrado à educação.



Seja garantida uma certificação não estigmatizante para as atividades cursadas pelos educandos (sejam eles cursos regulares de ensino fundamental e médio, atividades não-formais, cursos profissionalizantes, etc.), de maneira a conciliar a legislação e o interesse dos envolvidos.

Exista uma política de incentivo ao livro e à leitura nas unidades, com implantação de bibliotecas e com programas que atendam não somente aos alunos matriculados, mas a todos os integrantes da comunidade prisional.

Seja elaborada uma cartilha incentivando os apenados à participação nos programas educacionais, bem como informações relativas a remição pelo estudo.

Os documentos e materiais produzidos pelos Ministérios da Educação e da Justiça e/ou pelas Secretarias de Estado de Educação e de Justiça ou Administração Penitenciária, que possam interessar aos educadores e educandos do Sistema, sejam disponibilizados e socializados, visando ao estreitamento da relação entre os níveis de execução e de gestão da Educação nas Prisões.

Sejam promovidos encontros regionais e nacionais sobre a Educação nas Prisões envolvendo todos os atores relevantes, em especial Diretores de Unidades Prisionais e do Setor de Ensino, tendo como um dos itens de pauta a troca de experiências.

Formação e Valorização dos Profissionais Envolvidos na Oferta do ensino prisional.

As propostas enquadradas neste eixo destinam-se a contribuir para a qualidade da formação e para as boas condições de trabalho de gestores, educadores, agentes penitenciários e operadores a execução penal.

Ao ingressar no cotidiano do sistema prisional, o professor passe por um processo de formação, promovido pela Pasta responsável pela Administração Penitenciária em parceria com a da Educação, no qual a

Educação nas Prisões seja tematizada segundo os marcos da política penitenciária nacional.

A formação continuada dos profissionais que atuam no sistema penitenciário ocorra de maneira integrada, envolvendo diferentes áreas, como trabalho, saúde, educação, esportes, cultura, segurança, assistência psicossocial e demais áreas de interesse, de modo a contribuir para a melhor compreensão do tratamento penal e aprimoramento das diferentes funções de cada segmento.

No âmbito de seus projetos político-pedagógicos, as escolas de formação de profissionais penitenciários atuem de forma integrada e coordenada para formação continuada de todos os profissionais envolvidos e aprimoramento nas condições de oferta da educação no sistema penitenciário. Nos estados em que elas não existem sejam implementadas.

As Instituições de Ensino Superior e os Centros de Pesquisa sejam considerados parceiros potenciais no processo de formação dos profissionais do sistema, na execução de projetos de formação e na organização e disponibilização de acervos bibliográficos.

A formação dos servidores penitenciários contemple na sua proposta pedagógica a dimensão educativa do trabalho desses profissionais na relação com o preso.

Os atores estaduais estimulem a criação de espaços de debate, formação, reflexão e discussão como fóruns e redes que reflitam sobre o papel da educação nas prisões.

Os cursos superiores de graduação em Pedagogia e as demais Licenciaturas incluam nos seus currículos a formação para a EJA e, nela, a Educação Prisional.

Os educandos e educadores recebam apoio de profissionais técnicos (psicólogos, terapeutas, fonoaudiólogos, etc.) para o constante aprimoramento da relação de ensino-aprendizagem.

A pessoa presa, com perfil e formação adequados, possa atuar como monitor no processo educativo, recebendo formação continuada condizente com suas práticas pedagógicas, com direito à remição e remuneração.

Educação nas Prisões, com base nos fundamentos conceituais e legais da Educação de Jovens e Adultos, bem como os paradigmas da Educação Popular, calcada nos princípios da autonomia e da emancipação dos sujeitos do processo educativo.

Um regimento escolar próprio para o atendimento nos estabelecimentos de ensino do sistema prisional venha a ser criado, no intuito de preservar a unidade filosófica, político-pedagógico estrutural e funcional das práticas de Educação nas Prisões.

Cada Estado elabore os seus projetos pedagógicos próprios para a Educação nas Prisões, contemplando as diferentes dimensões da educação (escolarização, cultura, esporte, e formação profissional) e considerando a realidade do sistema prisional para a proposição das metodologias.

Seja estimulada a produção de material didático específico para a educação no sistema penitenciário, para complementar os recursos de EJA disponibilizados pela gestão local.

Seja elaborado um currículo próprio para a Educação nas Prisões, que considere o tempo e o espaço dos sujeitos da EJA inseridos nesse contexto e que enfrente os desafios que ele propõe em termos da sua reintegração social.

Essa proposta curricular seja elaborada a partir de um Grupo de Trabalho que ouça os sujeitos do processo educativo nas prisões (educadores, educandos, gestores do sistema prisional, agentes penitenciários e pesquisadores de EJA e do sistema prisional).

A educação de jovens e adultos no sistema penitenciário inclua a formação para o mundo do trabalho, entendido como um lócus para a

construção da autonomia do sujeito e de desenvolvimento de suas capacidades profissionais, intelectuais, físicas, culturais e sociais.

Os familiares dos presos e a comunidade em geral sejam estimulados, sempre que possível, a acompanhar e participar de atividades educacionais que contribuam para o processo de reintegração social.

Sejam ampliadas as possibilidades de educação à distância em seus diferentes níveis, resguardando-se deste atendimento, o Ensino Fundamental.

Sejam ampliadas as possibilidades de uso de tecnologias nas salas de aula de unidades prisionais, visando ao enriquecimento da relação de ensino-aprendizagem.

Seja garantida a autonomia do professor na avaliação do aluno em todo o processo de ensino aprendizagem.

A articulação do Ministério da Justiça com os Ministérios da Educação, do Esporte, da Saúde e do Trabalho na perspectiva de que a educação prisional possa ocupar espaço prioritário na agenda governamental;

A nível de MERCOSUL colocação do tema da Educação Prisional com mais força nas pautas nacionais, integração entre as áreas – Justiça, Saúde, Educação – acesso a novas concepções de educação prisional e alternativas para lidar com a criminalidade e o papel da educação na ressocialização das pessoas apenadas, impulsionar políticas públicas integrais e integradas que favoreçam a educação em contextos de privação de liberdade, concebida como um direito ao longo de toda a vida, trocar experiências e informações, fomentar pesquisas e a cooperação técnica entre os países membros.

A educação é uma condição mínima de reintegração. Dados da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (Funap) do Distrito Federal, segundo a qual o índice de reincidência de crimes dos egressos caiu de 70% para 30%, com o trabalho de ressocialização por meio do ensino.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A educação é um direito de todos. A concepção e implementação de políticas públicas visando ao atendimento especial de segmentos da população estrutural e historicamente fragilizados, constituem um dos modos mais significativos pelos quais o Estado e a Sociedade podem renovar o compromisso para com a realização desse direito e a democratização de toda a sociedade. O espaço e o tempo do sistema penitenciário, aliás, confirmam esses pressupostos. Embora não falem referências no plano interno e internacional, segundo as quais se devam colocar em marcha amplos programas de ensino, com a participação dos detentos, a fim de responder às suas necessidades e aspirações em matéria de educação.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, SÉRGIO, (1991). **A Prisão sob a ótica de seus protagonistas**: Itinerário de uma Pesquisa. In: Tempo Social; Rev. de Sociologia da USP, São Paulo: 3(1-2):7-40.

ALBORNOZ, SUZANA, (2002). **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, Anistia Internacional. Brasil: “Aqui ninguém dorme sossegado” – violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo.

ARANHA, M. L. A.DE., (1998). **História da educação. 2.**, São Paulo: Moderna.

BECKER, HOWARD S., (1997). **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Ed. Hucitec.

BRANDÃO, ZAIA (2002). **Entre questionários e entrevistas**. In: Pesquisa em Educação: conversas com pós-graduandos. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Edições Loyola.

BRANDÃO, D. M.S & CREMA, R. (1991). **Visão Holística em Psicologia e educação**. São Paulo: Summus.

Brasil, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até 31. 12. 1999. 5., São Paulo: TR, 2000 266p.

Brasil, Lei Nº 9.394, 20 dez. 1996. Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

BUARQUE, C. 1993. **Qualidade de vida**: a modernização da utopia. Revista Lua Nova, São Paulo, n31, p. 157-165.

CAPELLER, WANDA. (1985). **O Direito pelo avesso**: análise do conceito de ressocialização. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. São Paulo: 2(2):127-134.

CARVALHO FILHO, LUIS FRANCISCO. (2002). **A Prisão**. São Paulo: Publifolha.

CHAUÍ, MARILENA. (1980). **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense.

Código de Processo Penal. (1999). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Constituição da República Federativa do Brasil: (1995). Promulgada em 5 de outubro de 1988. 26 Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COULON, ALAIN. **A Escola de Chicago**. São Paulo: Papirus.

CURY, CARLOS R. JAMIL. (1985). **Educação e contradição**: elementos metodológicos para uma teoria crítica do fenômeno educativo. São Paulo: Cortez/ Autores Associados.

CATAPAN, A. H. **Trabalho & consumo**: para além dos parâmetros curriculares. Florianópolis: Insular.

CONZATTI. O. (1998). **Educação para os valores**. Philos, Revista Brasileira de Filosofia no 1º Grau. Florianópolis, Ano 5, Nº 9, p. 46-50, 1º semestre.

DELORS, JACQUES, (2000). et alii. **Educação um tesouro a descobrir. 4.**, São Paulo: Cortez.

DEMO, P. (1985). **Sociologia uma introdução crítica. 2.**, São Paulo: Atlas.

Diário do Congresso Nacional, (1999). Suplemento ao n. 61, de 04/06/1976, p. 2, In: Exposições de Motivos da Lei de Execução Penal – Código de Processo Penal, São Paulo, p. 121.

Diretrizes para elaboração de projetos e construção de Unidades Penais no Brasil. Brasília: (1995). CNPCP.

DOWDNEY, LUKE. (2003). **Crianças do Tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: 7 letras.

DURKHEIM, ÉMILE. (1978). **Educação e Sociologia.** São Paulo: Melhoramentos/ Fundação Nacional de Material Escolar, Rio de Janeiro.

FREIRE, P. (1983). **Educação e mudança. 7.**, Rio de Janeiro: Paz e Terra.

\_\_\_\_\_A importância do ato de ler. (1983). 3., São Paulo: Cortez.

\_\_\_\_\_A importância do ato de ler, (1994). Em três artigos que se contemplam. 14.

São Paulo; Cortez.

\_\_\_\_\_Pedagogia do oprimido. (1987). 30., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

\_\_\_\_\_ Pedagogia da Autonomia. (1997). Saberes necessários a prática educativa. São

Paulo: Paz e Terra, Freire, P. & Rivière, P. (1987). O processo educativo segundo Paulo Freire e Pichon Rivière. São Paulo: Vozes.

FOUCAUL, M. (1979). **Microfísica do poder.** Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir: (1998). Nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramallete. 18., Petrópolis: Vozes.

\_\_\_\_\_. História da Loucura. (2001). São Paulo: Editora Perspectiva. Ciências da cognição. Florianópolis: Insular.

GADOTTI, M. (1984). **A educação contra a educação**: o esquecimento da educação e a educação permanente. 3., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

\_\_\_\_\_. História das ideias pedagógicas. (1998). 6., São Paulo: Ática.

GADOTTI, M.; FREIRE, P. & GUIMARÃES, S. (1985). **Pedagogia**: diálogo e conflito. São Paulo: Cortez - Autores Associados.

GENTILI, PABLO & SILVA, TOMAZ TADEU DA. (1994). **Neoliberalismo, Qualidade Total e Educação**: visões críticas. Petrópolis: Vozes.

GENTILI, P. (1995). (org.) **Pedagogia da exclusão. Crítica ao neoliberalismo em educação**. 6., Rio de Janeiro: Vozes.

GERALDI, J. W. (1993). **Portos de passagem**. São Paulo: Martins Fontes.

GRAMSCI, ANTONIO. (1971). **Selections from prison Notebooks**. New York: International Publishers.

GROSSI, E. (1997). **Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Lei nº 9.394**, de Dezembro de 1998. Rio de Janeiro: Pargos.

GOFFMAN, ERVING. (1961). **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva.

GUTIERRES, P.F. & CASTILHO, D.P. (1994). **A Meditação pedagógica: Educação a Distância alternativa**. Campinas: Papirus.

IBÁÑEZ, ENRIQUE DEL ACEBO & BRIE, ROBERTO J. (2001). **Diccionario de Sociología**. Buenos Aires: Claridad.

JESUS, ANTONIO TAVARES DE. (1989). **Educação e Hegemonia no pensamento de Antonio Gramsci**, São Paulo: Cortez.



KUENZER, ACÁCIA Z. (2002) **Pedagogia da Fábrica**: as relações de produção e a educação do trabalhador. São Paulo: Cortez.

LEMGRUBER, JULITA. **Nem todo criminoso precisa ir para cadeia**: a prisão só serve para quem ameaça a sociedade. In: Revista Super Interessante –Edição Especial: Segurança. São Paulo: Editora Abril, 04/2002, p. 60 e 61.

MANACORDA, M. (1999). **A História da educação**: da antiguidade aos nossos dias. São Paulo: Cortez.

\_\_\_\_\_. **A vida nas escolas**: (1997). Uma introdução à pedagogia crítica nos fundamentos da educação. 2., Porto Alegre: Artmed.

\_\_\_\_\_. **Educação a distância**: (2001) – 02. Planejamento e gestão em educação a distância.

Curso de Formação em Educação a Distância- UNIREDE. Curitiba MEC/Seed: UFP.

MARTINS, PAULO DE SENA. (2002). **Assistência Educacional nos Estabelecimentos Penais**. Brasília: Câmara dos Deputados.

MASON, ROBIN. **Models of Online Courses**. ALN Magazine. Volume 2, Issue 2 – October 1998.

MATURANA H.R. & VARELA, F. J. (1973). **Autopoiésis – a organização da vida**. Prefácio de Standford Beer. Médicos / HC- FMUSP. *Medicina e Violência*. São Paulo: Ano II, nº 8, maio/junho de 1999.

MINAYO, M. A. C. S. (1999). **Pesquisa social. Teoria, Método e criatividade**. 12., Petrópolis: Vozes.

Ministério DA Educação, Conselho Nacional de Educação. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. 2006. Brasília.

Ministério DA Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento Penitenciário Nacional – Brasil: Informações Penitenciárias. Brasília – Abril de 2006.

\_\_\_\_\_, Secretaria Nacional de Justiça, 2006.  
Departamento

Penitenciário Nacional. Programa de Reestruturação do Sistema Penitenciário Nacional: Termo de Referência para elaboração de projetos destinados à melhoria do Sistema Penitenciário Nacional. Brasília.

\_\_\_\_\_. Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: (2005) Offe, Claus. *Sistema educacional, sistema ocupacional e política da educação – contribuição à determinação das funções sociais do sistema educacional*. In: Revista Educação & Sociedade, nº 35, abril de 1990.

MIRABETE, J. F. (1993). Lei de execução penal. 5., São Paulo: Atlas.

MOORE, MICHAEL G. (1996). **Distance education: a systems view** / Title: – United States.

MORAN, J. M. (2000). **Novas Tecnologias e Mediação Pedagógica**. São Paulo: Papirus.

MORIN, E. (2000). **Os sete saberes necessários a educação do futuro**. São Paulo: Cortez.

NEVES, C.M.C. **TV na Escola e os desafios de hoje: Tecnologias e educação: desafios e a TV escola**. 2000. Módulo 1, Brasília; EAD/SEED.

OLIVEIRA, EDMUNDO. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

OLIVEIRA, O.M.DE.(1996). **Prisão: um paradoxo social**. 2., Florianópolis: DAUSFC.

PILETTI, C. & PILETTI, N.(1988). **Filosofia e história da educação**. São Paulo: Ática.

\_\_\_\_\_ Didática geral. 23. (2001), São Paulo: Ática.

PILETTI, N. (1997). Psicologia Educacional. 15., São Paulo: Ática.

PIMENTEL, N.M. (2000). (org) **Gestão Escolar**: Programa de qualificação de educadores. Florianópolis, LED/UFSC.

PINKER, S. (1999) (Motta, L.T: Tradução). **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das Letras.

POSSENTI, S. (1998). **Por que (não) ensinar gramática na escola**. 3., Campinas: Mercado de Letras.

Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Brasília: (1995). Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

SEVERINO, ANTÔNIO JOAQUIM. (1983). **A Cidadania como inclusão social**: tarefa da educação. In: Revista da APG – PUC/SP. São Paulo: (2000), ano IX, nº 21 Simmel, George. Sociologia. São Paulo: Ática.

TAVARES DOS SANTOS, JOSÉ VICENTE. (1978). **Colonos do vinho**: estudo sobre a subordinação do trabalho camponês ao capital. São Paulo: Hucitex, , p. 3.

THOMPSON, AUGUSTO. (1980). **A questão da penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

TFOUNI, L.V. (1995). **Letramento e alfabetização**. São Paulo: Cortez.

\_\_\_\_\_O resgate da identidade: (1986). investigação sobre o uso da modalidade por adultos não alfabetizados. Cadernos de estudos lingüísticos.

THIOLLENT, M. (1998). **Metodologia da pesquisa-ação**. 8., São Paulo: Cortez.

TOFFLER, A. (1998). **A terceira onda**. 23., Rio de Janeiro: Record.

Thomal, A. (1998). **O processo da educação para a cidadania**. Philos, Revista Brasileira de Filosofia no 1º Grau. Florianópolis, Ano 5, Nº 9, p. 72 – 79 1º semestre.

TRIVIÑOS, A.N.S. (1987). **Introdução a pesquisa científica social**. A pesquisa qualitativa em educação. O positivismo. A fenomenologia. O Marxismo. São Paulo: Atlas.

VALDEJÃO, RENATA. **Prisões**: lotadas e falidas, as cadeias brasileiras não isolam nem recuperam os criminosos. Para salvá-las, é preciso devolver a dignidade aos presos. In: Revista Super Interessante – Edição Especial: Segurança. São Paulo: Editora Abril, 04/2002, p. 51 a 53.

VASCONCELLOS, C. S. (1999). **Construção do conhecimento em sala de aula**. 8ª., São Paulo: Libertad.

VARELLA, DRAUZIO. (1999). **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras.

VELHO, OTÁVIO GUILHERME. (1979). **O Fenômeno Urbano**. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

VIANNEY, J. (cord.) et alii. (1998). **Introdução em Educação A Distância**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância.

YOUNG, PAULINE V. (1960). **Métodos científicos de investigação social**. 2ªed. México:

Universidade Nacional Autônoma.

YGOTSKY, L.S. (1989). **Pensamento e linguagem**. São Paulo: Martins Fontes.

WACQUANT, LOIC. (2001). **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

\_\_\_\_\_. *Os Condenados da Cidade*: (2001). **estudo sobre marginalidade**

**avançada.** Rio de Janeiro: Editora Revan; FASE.

\_\_\_\_\_. *Punir os Pobres: (2001). a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Editora Freitas Bastos,

WEBER, MAX. (1974). **Sobre la teoria de lãs ciências sociales.** Barcelona: Península.

\_\_\_\_\_. *A objetividade do conhecimento na Ciência Social e na Ciência*

*Política* – 1904. 1993. In: Métodos das Ciências Sociais – Parte 1. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora Unicamp.

<http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/35374/>

[http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/35379](http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/35379/)

<http://portaldaclube.globo.com/noticia.php?hash=9feba13263ac6b6a68a08f5e7123bc40&id=185> 03/04/2006 14:56 por Tom Lima.

E:Textos mestradoDireitos Humanos no Brasil a exclusão dos detentos.htm

<http://www.sepe.pi.gov.br/materia.php?id=18351>

<http://www.secjus.pi.gov.br/>

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosdetentos.htm>

[http://www.controlesocial.org.br/boletim/ebul19/tem\\_verde.html](http://www.controlesocial.org.br/boletim/ebul19/tem_verde.html)

<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>

[http://veja.abril.com.br/250209/p\\_084.shtml](http://veja.abril.com.br/250209/p_084.shtml)

<http://www.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/relatorio-discute-o-direito-a-educacao-nos-presidios>

<http://www.ilanud.org.br/comunicacao/noticias/relator-da-onu-divulga-informe-sobre-educacao-nas-prisoas/>

[www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/.../0114322\\_03\\_pretextual.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/.../0114322_03_pretextual.pdf)

## 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.

## INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS BRASILEIROS

**EDMILSON MACHADO DE ALMEIDA NETO:**  
Advogado. Bacharel em Direito pela UnB.

**Resumo:** O presente artigo busca realizar uma análise dos principais instrumentos legais de proteção dos recursos hídricos. Inicialmente, busca-se verificar os institutos previstos na Lei nº 9.433/1997, em seguida, os instrumentos sancionatórios.

**Palavras-chaves:** direito administrativo; direito ambiental; proteção dos recursos hídricos; preservação do meio ambiente.

---

### 1. Introdução

O tema é por demais relevante, uma vez que está diretamente relacionado com a preservação da vida em nosso planeta. Sem dúvida, a biodiversidade depende da água, e a saúde está diretamente ligada à sua qualidade; a economia tem muito a ver com a água, e, sem ela, por fim, não subsiste a humanidade.

A proteção do meio ambiente, devido à sua indiscutível importância, mereceu destaque no texto constitucional, dispondo o art. 225, caput:

*“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

A nova abordagem da água como recurso natural estratégico, que não pode mais ser visto como um bem infinito e abundante, adquiriu contornos importantes. Sabe-se, por exemplo, que existe correlação direta entre acesso aos serviços de saneamento e a mortalidade infantil, causada por doenças transmitidas pela água. Estudos recentes indicam que, sempre que se aumenta em um por cento o acesso da população com renda inferior a cinco salários mínimos aos serviços de saneamento, pode-

se reduzir em seis por cento o número total de mortes de crianças. Entre esses serviços, a oferta de água tratada é o que tem maior influência na queda da mortalidade infantil.

Dessa forma, em razão da grande importância desse recurso natural é que nossa legislação criou instrumentos legais para sua proteção. No presente artigo, será abordado os mecanismo de proteção previstos na Política Nacional de Recursos Hídricos, dentre eles a água como bem de domínio público, os instrumentos básicos de implementação da PNRH e o regime jurídico de utilização da água. Mais adiante, será analisa os instrumentos administrativos e penais para o combate das condutas que possam causar danos aos recursos hídricos. Por fim, será estudado os mecanismos de proteção contra poluição por lançamento de óleo e outras substancias nocivas ou perigosas em águas brasileiras.

## **2. Política Nacional dos Recursos Hídricos**

A lei 9.433/1997 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), com isso permitiu a criação de diversos instrumentos legais de proteção, exigindo uma atuação efetiva do poder público. Assim, podemos verificar os seguintes instrumentos legais.

### **2.1. Água como bem de domínio público**

O primeiro fundamento da PNRH é a natureza pública das água, inalienáveis, sendo permitida apenas a sua utilização, pois são bens de uso comum do povo federal, estadual e municipal.

Dessa forma, prevalece que inexistem águas de propriedade particular no Brasil, uma vez que, além de estar previsto expressamente na lei 9.433/1997 como bem de domínio público. Ademais, a da Constituição Federal nos artigos 20, III, VI e VIII, e 26,I, da Constituição Federal prevê que quando não forem bens da União, as águas serão bens dos Estados e, por analogia, do Distrito Federal. Dessa forma, muitos dispositivos do Código de Águas (decreto 24.643/1934) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 por constarem águas de titularidade privada.

Esse processo de publicização das águas de sua escassez, especificamente das águas doces, em virtude do desperdício mundial e da poluição irracional das correntes de águas, sendo estratégico para o Estado Brasileiro converter as águas em bens públicos, visando uma tutela mais rígida para preservar os interesses nacionais, pois preservá-las com boa qualidade é imprescindível condição para a continuidade da vida em todas suas formas.

## **2.2. Instrumentos Básicos**

Ainda são considerados aspectos relevantes da Lei Federal 9.433/97, o estabelecimento dos instrumentos de política para o setor. Com efeito, todo programa governamental necessita de instrumentos, que são planos diretores que visam fundamentar e orientar a implementação da PNRH, devendo ser elaborado por bacia hidrográfica, por Estado e nacionalidade.

O primeiro instrumento da Lei Federal 9.433/97 são os Planos de Recursos Hídricos – Federal e para cada uma das Unidades Federadas – que são o documento programático para o setor, considerando o espaço da bacia hidrográfica considerada unidade básica de gerenciamento dos recursos hídricos ou UGRHI. Trata-se não só de uma atualização das informações disponíveis que influenciam a tomada de decisão na bacia hidrográfica como unidade básica de planejamento, mas também procura definir a repartição da gota d’água disponível entre os diferentes usuários, considerando-se sempre um uso cada vez mais eficiente.

O segundo instrumento definido pela Lei Federal 9.433/97 é o enquadramento dos corpos d’água em classes de usos preponderantes. Desta forma, visa-se estabelecer uma ligação entre a gestão indissociável da quantidade e da qualidade da água.

O terceiro instrumento é a Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos, mecanismo pelo qual o usuário recebe uma autorização, ou uma concessão, para fazer uso da água para fins econômicos. Entretanto, o processo de outorga necessita considerar as diferentes alternativas de gestão integrada ou de obtenção de água na bacia hidrográfica em questão – superficiais, subterrâneas, captação de chuvas, umidade do solo



que dá suporte ao desenvolvimento da biomassa, reuso de água, principalmente – as condições de uso e conservação julgadas mais adequadas, além dos níveis de produtividade que deverão ser alcançados, a critério do respectivo comitê.

O quarto instrumento é a Cobrança pelo uso da água, essencial para criar as condições de equilíbrio entre as forças da oferta da demanda, promovendo, em conseqüência, o abastecimento das necessidades vitais do indivíduo e a harmonia entre os usuários competidores, ao mesmo tempo em que promove a redistribuição dos custos sociais, a melhoria da qualidade dos efluentes e esgotos domésticos lançados, a de ensejar a formação de fundos financeiros para as obras, programas e intervenções no setor. Verifica-se, assim, uma tendência de centralização, com a criação da ANA, daquilo que se pretendia descentralizar ao se criar as Agências de Água e os Comitês de Bacia Hidrográfica. Certamente, os advogados irão se debruçar sobre o problema cada vez que este surgir. Todavia, o que já se aprendeu neste processo é que não se poderá ter uma única legislação de gestão da água numa bacia hidrográfica ou UGRHI.

O quinto instrumento da Lei Federal 9.433/97 é o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos, destinado a coletar, organizar, criticar e difundir a base de dados relativa aos recursos hídricos, seus usos, o balanço hídrico de cada bacia hidrográfica, unidade de planejamento, provendo aos gestores, usuários, sociedade civil e outros segmentos interessados às informações necessárias ao processo decisório.

### **2.3. Regime Jurídico de Utilização da Água**

Em regra, para se utilizar a água é necessário outorga do poder público. O objetivo dessa medida é assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água pelo poder público.

Assim, o artigo 12 da lei 9.433/1997 exige outorga dos poderes públicos para as seguintes hipóteses:

*I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;*

*II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;*

*III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;*

*IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;*

*V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.*

O rol transcrito é exemplificativo, pois o ultimo item é uma verdadeira hipótese aberta aos “outros usos, a ser regulamentado com razoabilidade e de maneira fundamentada pela Administração Pública, devendo ser demonstrada a necessidade de controle estatal de outras formas de utilização das águas.

A outorga de direito de uso de recursos hídricos é definida como o ato administrativo mediante o qual a autoridade outorgante competente faculta ao requerente o direito de uso dos recursos hídricos, por prazo determinado, nos termos e condições expressas no respectivo ato, considerada as legislações específicas vigentes.

A outorga do uso da água terá como prazo de até 35 anos, renovável, devendo ser onerosa, ficando condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, consoante determinações do artigo 13, da Lei 9.433/1997.

De acordo com o artigo 6º, da Resolução 16/2001 - CNRH, deverão ser respeitados os seguintes limites de prazo, que serão prorrogáveis:

*I- até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da outorga;*

*II- até seis anos, para implementação do empreendimento projetado.*

Já a outorga de direito de uso de recursos hídricos para concessionárias e autorizadas de serviços públicos e de geração de energia hidrelétrica, bem como suas prorrogações, vigorará por prazo coincidente com o do correspondente contrato de concessão ou ato administrativo de autorização.

Se a água for bem da União, competirá a ANA outorgar o seu uso, mediante autorização, cabendo delegação aos Estados e Distrito Federal. Se a água for estadual ou distrital, aos seus entes competirá tal função. Vale lembrar que não há titularidade de águas para municípios.

A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

*I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;*

*II - ausência de uso por três anos consecutivos;*

*III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;*

*IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;*

*V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;*

*VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.*

Dessa maneira, sendo permitida a suspensão do ato de outorga, fica evidente que ele não passa a integrar o patrimônio do beneficiário, sendo ato precário passível de revogação ou suspensão nas hipóteses acima listada, razão pela qual ostenta a natureza de autorização administrativa, conquanto tenha prazo limite a sua precariedade, desnaturando, em parte, o seu regime jurídico, pois a revogação somente poderá se dar nas hipóteses acima. O seu pagamento não possui índole tributária, podendo se enquadrar como um preço público.

Excecionalmente, independente de outorga o uso da água para acumulação de volumes, derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes, assim como o uso para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais rurais.

Na visão de Frederico Amado, andou bem o legislador ao não definir genericamente o que é considerado como uso insignificante da água para fins de dispensa de outorga, uma vez que essa análise deve ser casuística.

Ademais, insta lembrar que a concessão de outorga não dispensa o prévio licenciamento ambiental, inclusive a elaboração do EIA-RIMA, caso a atividade seja apta a causar significativa degradação ambiental.

Por fim, a outorga de uso de recursos hídricos é pressuposto para a concessão da licença de instalação e de operação para empreendimentos que utilizem recursos hídricos acima dos limites de isenção, devendo ser previamente exigida pelo órgão do SISNAMA.

### **3. Infrações Administrativas**

A Lei de Recursos Hídricos previu várias condutas ilícitas consideradas como infrações administrativas, com o objetivo de evitar que condutas humanas afete esse importante recurso natural.

Dessa forma, buscou o legislador punir o degradador com sanções de advertência; ou imposição de multas (simples ou diárias) que variam de R\$ 100,00 a R\$ 10.000,00; ou embargo (provisório ou definitivo)

Assim, por exemplo, constitui sanção administrativa:

*I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;*

*II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;*

*IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;*

*V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;*

*VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;*

*VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;*

*VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.*

#### **4. Infrações Penais**

Já no âmbito criminal, o artigo 54 da lei 9605/1998 prevê um importante mecanismo penal de proteção dos recursos hídricos, punindo com pena de reclusão aquele que causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

A conduta delitiva do poluidor poderá ser qualificada caso, tendo sua pena aumentada, se o crime:

*I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;*

*II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;*

*III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;*

*IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;*

*V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*

E o parágrafo 3º ainda prevê:

*§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando*

*assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.*

Assim, nas hipóteses do §3º, no caso de dano ambiental grave ou irreversível, se a autoridade competente fizer determinações para precaver os prejuízos ambientais, o agente que se quedar inerte também responderá pelo crime de poluição qualificada por sua simples omissão.

Pelo princípio da prevenção e precaução, quando não existência ou extensão dos danos ambientais, na dúvida, deverá autoridade ambiental exigir medidas para precaver a ocorrência da degradação (in dubio pro natura).

Contudo, Frederico Amado lembra que é o agente que tem o dever de adotar as medidas de precaução. Em razão da disposição legal, contratual ou por seu comportamento anterior, não sendo possível a imposição a qualquer do povo sem vinculação com o fato.

Poluição por lançamento de óleo e outras substancias nocivas ou perigosas em águas brasileiras

O tema é disciplinado pela lei 9.966/2000 e também pode ser entendido como um relevante mecanismo de controle e fiscalização dos recursos hídricos, estabelecendo princípios básicos a serem obedecidos na movimentação de óleo e outras substancias nocivas ou perigosas em portos organizados, instalações portuárias, plataformas e navios em águas sob jurisdição nacional, sofrendo regulação pelo decreto 4.236/2002.

A lei traz uma classificação das substancias de acordo com substâncias com o risco produzido quando descarregadas na água, podendo ser:

*I – categoria A: alto risco tanto para a saúde humana como para o ecossistema aquático;*

*II – categoria B: médio risco tanto para a saúde humana como para o ecossistema aquático;*

*III – categoria C: risco moderado tanto para a saúde humana como para o ecossistema aquático;*

*IV – categoria D: baixo risco tanto para a saúde humana como para o ecossistema aquático.*

É obrigatório que todo porto organizado, instalações portuárias e plataformas, bem como suas instalações de apoio, possuam instalações de meios adequados para o recebimento e tratamento dos diversos tipos de resíduos e para o combate a poluição, nos padrões e das normas ambientais.

Em razão do elevado potencial poluidor, é proibida a descarga, em águas sob jurisdição nacional, de substâncias nocivas ou perigosas classificadas na categoria "A", inclusive aquelas provisoriamente classificadas como tal, além de água de lastro, resíduos de lavagem de tanques ou outras misturas que contenham tais substâncias.

Da mesma forma, é proibida a descarga, em águas sob jurisdição nacional, de substâncias classificadas nas categorias "B", "C", e "D", inclusive aquelas provisoriamente classificadas como tais, além de água de lastro, resíduos de lavagem de tanques e outras misturas que as contenham, exceto se atendidas cumulativamente as seguintes condições:

*I – a situação em que ocorrer o lançamento enquadre-se nos casos permitidos pela Marpol 73/78;*

*II – o navio não se encontre dentro dos limites de área ecologicamente sensível;*

*III – os procedimentos para descarga sejam devidamente aprovados pelo órgão ambiental competente.*

Em havendo descarga de óleo ou outras substâncias nocivas ou perigosas em águas brasileiras, o responsável deverá reparar o dano ambiental, mesmo que tenha sido autorizado a fazê-lo.



Por fim, vale destacar que qualquer incidente ocorrido em portos organizados, instalações portuárias, dutos, navios, plataformas e suas instalações de apoio, que possa provocar poluição das águas sob jurisdição nacional, deverá ser imediatamente comunicado ao órgão ambiental responsável, à Capitania dos portos e ao órgão regulador da indústria do petróleo, independente das medidas tomadas para seu controle.

## **6. Conclusão**

Assim, em se tratando de recursos hídricos, a sua importância para a humanidade é grande.

Também não custa lembrar que o direito à água limpa é um dos mais relevantes direitos fundamentais, possuindo uma íntima relação com o mínimo existencial. Assim, seu reconhecimento como direito fundamental da pessoa humana impõe condutas positivas por parte do poder público, que não pode se abster com alegações genéricas atreladas à reserva do possível.

No âmbito legislativo, nosso ordenamento jurídico se preocupa em proteger os recursos hídricos de diversas maneiras, desde disciplinando sua utilização, até punindo administrativamente e penalmente aqueles que não o utilizam de maneira adequada.

Podemos concluir, assim, que os princípios norteadores do Direito Administrativo, como do Usuário Pagado, Poluidor Pagador e da Prevenção, estão sendo respeitados no plano normativo.

Entretanto, quando analisamos na prática, temos muito a melhorar. Segundo levantamento da ONG SOS Mata Atlântica, a água é ruim ou péssima em 40% dos 96 rios, córregos e lagos avaliados em sete estados brasileiros<sup>[1]</sup>. Isso gera diversas consequências negativas para população, como a proliferação de diversas doenças e morte de animais.

Assim, a esperança é que todos os instrumentos legais de proteção de recursos hídricos sejam rigorosamente aplicados para que possamos caminhar para um futuro com uma maior qualidade de vida.

### **Bibliografia**

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

AMADO, Frederico. Direito Ambiental esquematizado. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em:. Acesso em: 4 de fevereiro de 2018

BRASIL. Lei n.º 9.433 de 1997. Política Nacional dos Recursos Hídricos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 1997.

BRASIL. Decreto n.º 6.514 de 2008. Infrações e sanções administrativas ao meio ambiente. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 2008.

BRASIL. Lei n.º 9.605 de 1998. Crimes Ambientais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 1998.

NOTA:

[1] <https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/as-principais-ameacas-a-qualidade-da-agua-no-brasil,178025e12f4e4410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html> < acessado em 05/02/2018>

## OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO E A DENUNCIÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO

**REBECCA BRAZ VIEIRA DE MELO:**

Bacharela pela Universidade Federal da Paraíba e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo a análise do exercício do direito de regresso do Estado contra seus agentes públicos, em especial, a verificação da admissibilidade da denúncia da lide em demandas indenizatórias movidas pelo particular, fundadas na responsabilidade extracontratual do ente estatal. Para tanto, na pesquisa, utiliza-se como métodos de abordagem, o dogmático-jurídico e o dedutivo, como métodos de procedimento, o histórico e o interpretativo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica e a legal. O ensaio é constituído por três capítulos. No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a evolução teórica da responsabilidade civil do ente público. No segundo capítulo, discute-se as principais teses favoráveis e desfavoráveis à utilização da mencionada intervenção de terceiro. Por derradeiro, no capítulo terceiro, é feito o levantamento do posicionamento jurisprudencial acerca da matéria. Diante disso, se espera confirmar ou refutar o uso da denúncia da lide nas ações ressarcitórias promovidas em face da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Responsabilidade extracontratual do Estado. Direito de regresso. Denúncia da lide.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO 1 Responsabilidade civil do Estado: evolução teórica 2 Do dever de indenizar e do direito de regresso 3 Análise jurisprudencial CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

---

### INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa examinar os contornos do direito de regresso do Estado em face do agente público causador do dano,

notadamente a possibilidade do exercício deste nos próprios autos da demanda indenizatória movida pelo particular, investigando e delimitando, à luz da doutrina e da jurisprudência pátria, o cabimento do instituto da denunciação da lide.

Para tanto, serão considerados os fundamentos contrários e os favoráveis à denunciação da lide, buscando identificar as vantagens e desvantagens da utilização da intervenção de terceiro em questão. A inexistência de consenso doutrinário a respeito da matéria, apesar de longos anos de discussões, robustece a relevância do presente estudo, demonstrando a crescente necessidade de se debater o tema à exaustão.

Como método de abordagem, utilizar-se-á o dedutivo e o dogmático-jurídico, partindo-se do estudo das teorias administrativas desenvolvidas no decorrer dos séculos até se chegar à análise da teoria predominante no Direito Brasileiro contemporâneo.

Outrossim, serão empregados como métodos de procedimento o histórico e o interpretativo, delineando-se o desenvolvimento da responsabilidade extracontratual do Estado, levando-se em conta as teorias administrativas disciplinadoras.

Por fim, dispor-se-á da técnica de pesquisa bibliográfica e legal, fazendo-se um apanhado geral dos elementos determinantes da possibilidade ou não da denunciação da lide na demanda indenizatória movida pelo particular e fundamentando as ideias propostas de acordo com o Texto Fundamental e a legislação processual e administrativa em vigor, juntamente com obras teóricas de autores nacionais de Direito Administrativo e Direito Processual Civil.

Em arremate, é de se registrar que não se visa esgotar o tema ora tratado, dada a sua impossibilidade, mas esclarecer qual é o atual posicionamento da doutrina e a tendência jurisprudencial no que diz respeito ao direito de regresso do Estado e a utilização da mencionada intervenção de terceiro.

## **1 Responsabilidade civil do Estado: evolução teórica**

Com a ascensão do Estado Liberal, restou superada a teoria da irresponsabilidade estatal, predominante durante os regimes absolutistas, pela qual não se admitia que os atos realizados pelo

monarca, bem como pelos agentes públicos, na qualidade de representantes diretos do rei, fossem, de qualquer sorte, questionados. Somente a partir do reconhecimento do potencial lesivo da conduta estatal é que surgiu o direito à indenização por atos praticados pelo Estado em detrimento de terceiros.

Em um primeiro momento, por influência do individualismo liberalista, a Administração Pública foi equiparada ao particular, conduzindo à aplicação das regras de responsabilidade da doutrina civilista. A compreensão do Estado como ente ideal, cuja materialização dependia da atuação de seus agentes, levou também à conclusão de que o pleito reparatório estaria sujeito à comprovação da culpabilidade do agente público pelo particular lesado. Consagrou-se, desse modo, a teoria da responsabilidade com culpa.

De início, ainda se fazia necessária a diferenciação da ação estatal em duas espécies, quais sejam: atos de império e atos de gestão. Segundo o magistério de Carvalho Filho (2016, p. 708-709):

(...) procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Contudo, as dificuldades práticas geradas por distinção de índole tão tênue, longe de conduzir à pacificação social, provocaram forte insegurança jurídica e irresignação entre os indivíduos vitimados. Além disso, mostrou-se extremamente temerário o tratamento paritário entre o Estado, detentor de inúmeros poderes e prerrogativas, e o particular subordinado à Administração. Diante disso, a doutrina civilista da culpa foi paulatinamente abandonada, dando lugar às teses de

Direito Público, essencialmente objetivas. Nesse sentido, Meirelles (2008, p. 657) ensina:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com o seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Como vertentes da Teoria de Direito Público, destacam-se a teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e a do risco integral.

A teoria da culpa administrativa foi adotada a partir do século XIX. Antes, perquiria-se a culpa do agente; com esta concepção, para o deslinde da questão, importaria apenas a comprovação de falha no serviço. Nem ao menos o agente precisaria ser identificado. Assim, a culpa subjetiva foi substituída pela “culpa administrativa”, também denominada de “culpa anônima”, cuja configuração ocorria quando presente uma das três situações: inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço.

A crítica feita a essa teoria residia na persistência da culpa como elemento ensejador do direito à indenização, impondo à vítima a hercúlea tarefa de demonstrá-la. Consoante Meirelles (2008, p. 658), “esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização”.

Diante disso, desenvolveu-se a teoria do risco administrativo, restringindo a análise da responsabilidade à verificação donexo causal entre o fato realizado pela Administração Pública e o dano sofrido pelo terceiro. Não mais se exigiria a comprovação da “falha” no serviço, mas apenas a demonstração do “fato” do serviço (MEIRELLES, 2008, p. 658).

Todavia, não obstante a natureza objetiva da responsabilidade, pela teoria do risco administrativo, o ente estatal poderia ver sua obrigação reparatória amenizada, caso comprovasse culpa concorrente da vítima, ou, até mesmo, isentar-se de tal encargo, demonstrando culpa exclusiva do particular.

Contraopondo-se nesse ponto ao risco administrativo, surge a teoria do risco integral, verdadeira exacerbação da responsabilidade objetiva, pela qual nenhuma excludente de culpabilidade é aceita, devendo o Estado, em todas as hipóteses, indenizar o particular pelos danos sofridos.

Por ser extremamente radical, impondo ao Estado a responsabilidade de reparar qualquer prejuízo, mesmo que fruto de conduta dolosa ou culposa do particular, a teoria do risco integral possui aplicação restrita a situações excepcionais, tais como a responsabilização por dano ambiental, em razão de previsão expressa no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981.

Em regra, conforme se verifica pela leitura do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CRFB) c/c art. 945 do Código Civil, adota-se no Brasil a teoria do risco administrativo. Senão, veja-se:

Art. 37, § 6º, da CRFB. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 945 do Código Civil. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

A opção pela teoria do risco não se deu de forma aleatória. Em verdade, trata-se de desdobramento lógico do regime jurídico próprio ao qual se submete a Administração Pública. Considerando que a atuação de seus órgãos se alicerça na presunção de que sua

finalidade é sempre o interesse público, a justiça social, fundamento basilar da teoria do risco, impõe o compartilhamento por toda coletividade não só dos benefícios advindos de tal atividade, com também dos riscos a ela inerentes.

Uma vez demonstrado que o gravame imposto a determinado indivíduo excede aquele suportado pelos demais, torna-se imperiosa a compensação do ônus, estabelecendo ao erário o dever de reparar o dano, reequilibrando novamente as relações jurídicas. É o que preleciona Meirelles (2008, p. 658):

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil (...).

Ademais, a norma não objetiva eximir a responsabilidade do agente público, cuja atuação dolosa ou culposa deu ensejo ao dano, sendo concedida à Administração Pública a faculdade de buscar, regressivamente, seu ressarcimento. Conforme leciona Mello (2013, p. 1053):

A fim de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública – e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidos pelos lesados – é que se



instaurou o princípio geral da responsabilidade do Estado. Ou seja: a difusão e acatamento, nos vários países, da tese da responsabilidade estatal objetivou e significa tão só a ampliação das garantias de indenização em favor dos lesados. Nada traz consigo em favor do funcionário (...).

Da análise do texto legislativo supramencionado e das considerações doutrinárias acima expostas, é possível se extrair a existência de duas relações jurídicas: uma, entre Estado e particular; outra, entre Estado e agente público causador do dano.

Demonstrada pela vítima a existência do fato do serviço, da lesão e do nexos causal entre estes, a Administração Pública estaria obrigada a reparar os prejuízos sofridos, ressalvada a hipótese de serem refutadas as alegações do suposto lesionado, imputando-se à Administração o ônus de apresentar provas que excluam qualquer dos elementos da responsabilidade. Configurada a responsabilidade pelo evento, e indenizado o particular, surgiria, para o ente público, o direito de regresso contra o causador do dano.

Não obstante seja inegável o direito de regresso da Administração, muito se discute acerca da sua forma de exercício, notadamente sobre a denúncia da lide ao agente público realizada nos autos da própria demanda indenizatória proposta pelo particular vitimado, havendo forte dissonância tanto em âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, conforme será analisado a seguir.

## **2 Do dever de indenizar e do direito de regresso**

O texto constitucional, atento à hipossuficiência do particular, garantiu-lhe o direito de buscar a responsabilização direta do ente estatal sem ser necessário demonstrar a culpabilidade do agente público. Assim, o indivíduo poderia intentar ação indenizatória em face da Administração Pública, sendo uníssono o entendimento de que, em relação à obrigação imposta ao ente público de indenizar a vítima, nenhuma discussão poderia existir quanto ao elemento subjetivo que moveu o seu agente, restando ao Estado o direito de procurar, regressivamente, o seu ressarcimento.

Entretanto, conforme o artigo 125, *caput* e II, do Código de Processo Civil de 2015 (disciplina anteriormente regida pelo artigo 70, III, do *Codex* de 1973), o réu poderá promover a denunciação da lide àquele que tiver o dever legal ou contratual de, em ação regressiva, indenizar o denunciante pelo prejuízo sofrido em razão de sua sucumbência. Em virtude desta previsão, os doutrinadores passaram a imprimir esforços com vistas a delimitar o alcance do referido dispositivo.

Para os adeptos de uma visão restritiva, representados pelo pensamento de Vicente Greco Filho, o mencionado artigo faria referência apenas às hipóteses de garantia própria, entendidas como aquelas fundadas em relações jurídicas de transmissão de direitos, em razão das quais a sucumbência acarreta, automaticamente, a responsabilidade do denunciado.

Dessa forma, seria inadmissível a denunciação da lide que tivesse como consequência a introdução de fundamento jurídico novo na demanda, por comprometer indevidamente a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional. Ademais, outro óbice seria a indesejável limitação do exercício da ampla defesa pelo denunciado.

Diante disso, temos que a vertente restritiva considera inaceitável a denunciação da lide ao agente público, uma vez que provocaria a discussão acerca da culpa e, conseqüentemente, dilação probatória a respeito de matéria estranha à demanda principal, pondo em xeque o direito fundamental à razoável duração do processo. Nos dizeres de Cunha (2012, p. 197), “admitir-se, na espécie, a denunciação da lide seria desprestigiar o princípio da economia processual e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, cuja essência serve de fonte inspiradora ao instituto da denunciação da lide”.

Outrossim, o Estado, para se sagrar vitorioso na demanda incidental, assumiria a responsabilidade de ressarcir a vítima, visto que ao buscar demonstrar a culpabilidade do agente público, obliquamente estaria reconhecendo a existência do fato do serviço e o nexo causal entre esta e a lesão sofrida pelo particular. Consoante Marinela (2016, p. 1.182):

Também prejudica a denunciação o fato de a alegação do Estado, para se defender das investidas

da vítima, não ser compatível com os aspectos apresentados no processo para denunciar o agente. Convém considerar que, para o Estado trazer o agente, será obrigado a demonstrar sua culpa, o que conseqüentemente significa assumir a sua responsabilidade, já que a pessoa jurídica responde pelos atos dos seus agentes. Portanto, o Poder Público, ao denunciar a lide, assume a indenização.

Além disso, o objetivo maior da Lei Fundamental não pode ser esquecido, qual seja, a não imposição ao particular do condicionamento da sua pretensão à verificação da culpabilidade do agente. Ainda que a aferição do elemento subjetivo vincule apenas o ressarcimento do Estado, obrigar à vítima a suportar um trâmite processual mais complexo, em virtude da necessidade de produção de provas para resolução da questão incidental, indiretamente violaria a norma constitucional, além de, por vezes, afrontar a garantia do mínimo existencial.

A indenização daquele particular que por vezes se vê afastado de suas funções laborais, impossibilitado de garantir a sua própria subsistência em razão do evento lesivo, mostra-se imperativa e demanda celeridade incompatível com o retardamento da prestação jurisdicional decorrente de dilação probatória voltada à afirmação do direito de regresso do Estado.

Há ainda autores que afirmam a carência de ação do Estado por falta de interesse processual, impedindo a denunciação da lide ao agente, considerando que o interesse de agir apenas existe quando a prestação jurisdicional se mostrar útil ao autor, é dizer, quando demonstrado que o provimento judicial pretendido é capaz de proporcionar uma melhora em sua condição fática (NEVES, 2009, p. 78). Posto isto, a pretensão da Administração apenas surgiria após a condenação e o pagamento da indenização ao particular vitimado, sob pena de se reconhecer legítimo o enriquecimento sem causa do Estado. Nesse sentido é a lição de Carvalho Filho (2016, p. 741):

Parece-nos, porém, que dentro desse período ainda não terá nascido para o Estado a condição da ação relativa ao interesse de agir. Este só deve surgir quando o Estado já tiver pago a indenização ao lesado; nesse momento é que o erário sofreu o prejuízo e, em consequência, somente a partir daí é que se pode se habilitar ao exercício do seu direito de regresso contra o agente. A só condenação do Estado, mesmo que transitada em julgado a decisão, não importa o imediato interesse processual na ação de indenização a ser movida contra o agente. A não ser assim, ter-se-ia que admitir que, mesmo sem ter tido prejuízo efetivo, o Estado estaria habilitado a postular o ressarcimento em face do agente.

A seu turno, os doutrinadores filiados à corrente ampliativa, cujo principal expoente é o Professor Cândido Dinamarco, sustentam que o direito brasileiro não distingue as garantias próprias das impróprias, consistindo a denúncia da lide em instrumento genérico, não sendo a sua aplicação orientada a uma determinada espécie de direito de regresso.

Refletem que a ampliação da causa de pedir da demanda com a inclusão de um fundamento jurídico novo deve ser analisada sob um prisma positivo, servindo, de um ponto de vista sistêmico, à economia processual – visto que proporciona a solução de mais de uma lide em um só processo –, bem como à harmonização dos julgados – evitando a prolação de decisões contraditórias pelo Magistrado.

Afastam a suposta limitação ao direito de defesa do agente público denunciado, tendo em vista que a denúncia da lide consiste no exercício incidental, antecipado e eventual de uma pretensão regressiva. Dessa forma, o litisdenunciado seria considerado, para todos os efeitos, réu da demanda incidental e como tal deveria ser tratado, sendo-lhe garantido o contraditório e a ampla defesa (DINAMARCO *apud* DIDIER JR., 2007, p. 332).

Ainda, não se pode olvidar que o direito processual civil pátrio, atualmente, reconhece não apenas o autor, mas também o réu, como titulares de direitos. Como exemplo claro e indiscutível do

afirmado é a imposição na fase executiva do princípio da menor onerosidade, salvaguardando o executado de medidas que denotem exercício de vingança privada. Nesse diapasão, o réu também seria detentor do direito à efetividade da tutela jurisdicional, justificando, diante disso, a admissibilidade da denunciação da lide, ainda que esta acarretasse alguns incômodos à parte promovente.

Noutra direção, há quem afirme a inaplicabilidade das normas processuais cíveis relativas às intervenções de terceiro à demanda em questão, baseando-se na existência de disciplina própria na Lei Fundamental, cuja redação apenas faz menção à possibilidade de ajuizamento de ação regressiva. Para estes, o silêncio constitucional seria compreendido como inegável vedação à denunciação da lide pelo Poder Público (CARVALHO FILHO, 2016, p. 739).

Não obstante a doutrina majoritária incline-se à inadmissibilidade do instituto, a questão não se encontra completamente pacificada, mostrando-se necessário se perscrutar a atitude que vem sendo tomada pelos Tribunais Pátrios diante da usual postulação estatal de denunciação da lide ao agente público, sendo este o escopo do próximo capítulo.

### **3 Análise jurisprudencial**

Do exame das decisões judiciais é possível se extrair que os Tribunais Nacionais, acompanhando entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), superando as controvérsias doutrinárias, trilham um caminho em direção à relativa admissibilidade da denunciação da lide em demandas fundadas na responsabilidade extracontratual do Estado por ato comissivo de seus agentes. Todavia, não sendo o cabimento da intervenção de terceiros tido por absoluto, algumas questões merecem ser melhor analisadas.

Inicialmente, cumpre refutar a obrigatoriedade da denunciação da lide. O *caput* do artigo 70 do Código de Processo Civil, de forma genérica, dispunha que a denunciação da lide seria obrigatória nas hipóteses dispostas em seus incisos, afastando-se o direito de regresso do promovido, caso não a realizasse, dada a necessidade de se integrar o potencial denunciado ao processo.

Entretanto, referida norma já era interpretada, como qualquer outra, à luz do Texto Fundamental. Desse modo, em se tratando de ação de responsabilidade civil do Estado por ação imputada a seu agente, cuja disciplina remete ao § 6º do artigo 37 da Lei Maior, mostrava-se impossível afastar o direito ao ressarcimento estatal consagrado na Constituição, não podendo este sofrer limitações impostas por norma infraconstitucional, quando a Norma Fundamental assim não o permite. Este já era o entendimento reiterado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATO PRATICADO POR MILITARES. DENUNCIAÇÃO À LIDE. ARTS. 70, III E 76 DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no entendimento de que, nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6o.), **não é obrigatória a denúncia da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo.**

2. Agravo regimental da UNIÃO desprovido.

(AgRg no AREsp 63.018/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DO FILHO.

DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO EXORBITANTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

4. **"Não é obrigatória a denúncia à lide de empresa contratada pela administração para prestar serviço de conservação de rodovias, nas ações de indenização baseadas na responsabilidade civil objetiva do Estado"** (REsp 653.736/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 2/8/06).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1355717/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 21/02/2013, grifo nosso).

Este também era o posicionamento do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, conforme se observa da leitura de aresto de recentíssimo julgado, proferido em sede de Apelação Cível, por sua Quarta Turma:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CRÉDITO TRABALHISTA. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR POR SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DANO MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA. **DENUNCIÇÃO**

**DA LIDE NÃO OBRIGATÓRIA. VALOR ARBITRADO. MANUTENÇÃO. (...) 2. Nas ações fundadas na responsabilidade civil do Estado, na qual se visa obter dele indenização, não é obrigatória a denúncia da lide (CPC, art. 70, III) ao agente supostamente causador do dano, mesmo que cabível, uma vez que inexistente prejuízo ao denunciante, em virtude de que ele dispõe de ação de regresso contra o denunciado. O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado exige tão-somente a prova da existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Na demanda secundária exige-se a prova da culpa do agente para reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva e do dever de ressarcir o ente público - na hipótese de condenação. (...)**

(TRF1, AC 0022796-49.2002.4.01.0000 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.102 de 27/02/2013)

Em igual sentido, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, na apreciação de Agravo de Instrumento, cuja relatoria coube ao Desembargador Fernando Quadros da Silva, reafirmou a facultatividade da intervenção de terceiro em testilha, senão, veja-se:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA. DANO. (...) 2. Segundo entendimento pacificado no âmbito do STJ, a **denúnciação da lide nas hipóteses de ação de responsabilidade civil ajuizada contra o Estado é facultativa.** (TRF4, AG 5000171-63.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator**



p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, D.E.  
18/04/2013)

Em 2015, pondo fim à discussão, o novo Código de Processo Civil, neste ponto alinhado à jurisprudência pátria, eliminou do texto legal qualquer menção à obrigatoriedade da denunciação da lide, não restando mais qualquer dúvida acerca da sua facultatividade.

Aliás, a ideia de relatividade no cabimento da denunciação não deve apenas guiar a atuação das partes. Ela não traduz uma mera opção oferecida à Administração Pública, mas também impõe ao juiz a minuciosa análise do caso concreto, devendo o magistrado deferir o ingresso do litisdenunciado ao processo somente quando não se frustrar a celeridade, a economia e, em última análise, a efetividade da prestação jurisdicional. Tal é o entendimento que emana do julgamento prolatado pela Segunda Turma do STJ, examinando as razões de Recurso Especial interposto nos autos de ação em que se buscava a responsabilidade civil do Estado por erro médico cometido em Hospital da Polícia Militar:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.  
HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO.  
MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR  
DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA  
LIDE.FACULTATIVA.

(...)

3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. **Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais.**

Precedentes.

(...)

(REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010, grifo nosso).

Enfrentando questão semelhante, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região do mesmo modo se manifestou, asseverando competir ao Magistrado, diante da situação posta em juízo, avaliar os desdobramentos processuais do ingresso do terceiro:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DENUNCIÇÃO À LIDE. PRELIMINARES AFASTADAS. CIRURGIA DE CATARATA. RUPTURA DA CÁPSULA POSTERIOR DO CRISTALINO NO OLHO ESQUERDO. PERDA DA VISÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ERRO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 2. Nos processos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. **Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais.** (...)

(TRF1, AC 0006703-40.2009.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.140 de 21/11/2012)

Ademais, caso seja negada a integração do terceiro ao processo, prevalece o entendimento da impossibilidade de anulação em virtude da inadmissão da denúncia da lide, visto que nenhum prejuízo é gerado à Administração Pública, que mantém intacto o seu direito de regresso, podendo lançar mão de ação autônoma para vê-lo garantido.

Outrossim, o reconhecimento da invalidade dos atos processuais praticados após o indeferimento da denúncia da lide vai de encontro aos mesmos preceitos que fundamentam o seu deferimento. Nesse sentido, seguem os excertos oriundos do STJ, abaixo colacionados:

Administrativo. Denúncia da Lide.  
Responsabilidade Civil do Estado. Nulidade.  
Inocorrência.

1. Admite-se que o Estado promova a denúncia da lide envolvendo o seu agente em ações de responsabilidade civil. Cumpre observar,  **todavia, que processada a causa, não há de ser declarada nulidade, pois tal providência seria contrária às finalidades do instituto, travando, pois, a celeridade e economia processuais.**

2. Multifários precedentes.

3. Recurso não provido.

(REsp 163.096/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2001, DJ 18/02/2002, p. 239, grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DENÚNCIA À LIDE DO MOTORISTA DA VIATURA ABALROADA. DESNECESSIDADE, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. PRECEDENTES. AÇÃO REGRESSIVA GARANTIDA.

(...)

4. A jurisprudência desta Corte Superior tem enveredado pela esteira de que **"embora cabível e até mesmo recomendável a denúncia à lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injusticável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denúncia, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais"** (REsp nº 197374/MG, Rel. Min. Garcia Vieira), (...). Entretanto, **o indeferimento da denúncia da lide não justifica a anulação do processo"**(REsp nº 165411/ES, Rel. Min.Garcia Vieira) e, por fim, que **"os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denúncia da lide** (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma." (REsp nº 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

#### 5. Recurso improvido.

(REsp 226.093/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 25/06/2001, p. 108, grifos nossos).

Importa salientar também que a decisão do Magistrado que inadmite a denúncia da lide, por envolver necessariamente o exame de matéria fático-probatória, não poderá ser objeto de impugnação em sede de recurso especial, encontrando vedação na Súmula 7 do STJ, consoante acentua o Ministro Castro Meira, integrante da Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp n. 975.799/DF, cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.  
RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.  
DENUNCIÇÃO DA LIDE.

(...)

**2. O cabimento da denúncia depende da ausência de violação dos princípios da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto.**

**3. No caso, o Tribunal de Justiça entendeu cabível a denúncia. A revisão de tal entendimento depende do revolvimento fático-probatório inviável no recurso especial. Incidência do verbete sumular nº 07/STJ.**

(...)

(REsp 975.799/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 28/11/2008, grifo nosso).

Portanto, predomina na jurisprudência o entendimento de que a questão é de veras complexa, exigindo, do aplicador do direito a análise prudente e cautelosa dos elementos que permeiam o direito afirmado em juízo, não havendo como se asseverar, abstratamente, o cabimento, ou não, da intervenção. Assim, dependerá do juiz, quando da apreciação do caso concreto, decidir, sempre de forma motivada, sobre o pedido posto pela Administração Pública, ponderando as vantagens e os prejuízos advindos do acolhimento deste pleito.

## CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo científico foi analisar o cabimento da denunciação da lide nas demandas indenizatórias movidas em face da Administração Pública, elencando para tanto as críticas, bem como os argumentos favoráveis à aplicação do instituto. Diante das considerações tecidas ao longo deste estudo algumas conclusões podem ser destacadas.

Não obstante a existência de fortes argumentos aduzidos pela doutrina administrativista, inclinada à inadmissão da denunciação da lide ao agente público, é de se ressaltar o equilíbrio da postura adotada pelos Tribunais, os quais condicionam a viabilidade do exercício do direito de regresso pelo Estado nos próprios autos da ação indenizatória à verificação dos elementos concretos postos em juízo.

É inegável que a denunciação da lide consiste em uma intervenção de terceiros criada visando garantir precipuamente a celeridade e a economia processual, sendo estas as suas justificativas. Contudo, tais fundamentos não podem ser verificados de modo limitado ao aspecto individual, sob a ótica daqueles envolvidos na demanda, devendo ser levado em consideração o ponto de vista sistêmico, evitando-se a proliferação de processos cuja solução, ante a proximidade fática, pode se dar de modo uno.

Assim, é forçoso inferir que, diante de inúmeros benefícios que podem ser trazidos pela utilização do instituto, mostra-se temerária a sua vedação em abstrato, ainda mais quando situações existem em que seu cabimento nenhum prejuízo gera à ação principal.

Por todo o exposto, conclui-se que, diante da impossibilidade em se afirmar qual corrente de pensamento deverá prevalecer, dada a relevância tanto dos argumentos favoráveis, como daqueles contrários, mostra-se louvável o posicionamento ponderado adotado pela jurisprudência brasileira, remetendo ao Magistrado, indivíduo imparcial mais próximo à demanda, a análise, em concreto, da exequibilidade do pleito formulado pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1973**. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973 (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). Disponível em: . Acesso em 20 fev 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.** Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Disponível em: . Acesso em 20 fev 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: . Acesso em 20 fev 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em:

3/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 18 fev 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Recurso Especial n. 975.799/DF. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 14 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Recurso Especial n. 226.093/RJ. Relator: Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. José Delgado. Brasília, DF, 14 nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Recurso Especial n. 163.096/SP. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, DF, 05 abr. 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Recurso Especial n. 1187456/RJ. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 16 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1355717/CE. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 07 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 63.018/RJ. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 19 março 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Apelação Cível n. 0006703-40.2009.4.01.3500/GO. Relator: Desa. Selene Maria de Almeida. Brasília, DF, 21 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Apelação Cível n. 0022796-49.2002.4.01.0000/MG. Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Brasília, DF, 27 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento. Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Denúnciação da Lide. Agravo de Instrumento n. 5000171-63.2013.404.0000. Relator para o acórdão: Des. Fernando Quadros da Silva.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: *Atlas*, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: *Dialética*, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 18. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo, *Saraiva*, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: *Malheiros*, 2008.



MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

## **A (DES)NECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DE CONDUTAS COMETIDAS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS**

**ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:** Advogado. Mestrando em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

**RESUMO:** *Este trabalho tem por desiderato verificar se os tipos penais existentes na Lei nº 8.666/93 são, ou não, adequados como medida necessária e útil para evitar condutas cometidas em processos licitatórios, à luz da doutrina e da jurisprudência que trata da questão. É apontado, com arrimo na teoria minimalista e com foco em alternativas ao direito penal, que a ação de improbidade, de natureza cível, é mais conveniente para sancionar aqueles que atentam contra a licitação, concluindo que os tipos penais insertos na Lei nº 8.666/93 são desnecessários, haja vista que a ação cível disciplinada pela Lei nº 8.429/92 já possui medidas sancionatórias suficientes para quem viola os ditames licitatórios.*

**Palavras-chave:** Crimes Licitatórios. Ação de improbidade. Minimalismo penal.

**ABSTRACT :** *This work is desideratum verify that existing criminal offenses in Law nº 8666/93 are or are not suitable as a necessary and useful to avoid conduct committed in bidding processes in the light of the case law dealing with the issue. It pointed out, with retaining the minimalist theory and focused on alternatives to criminal law, the dishonesty action, civil, is more convenient to punish those who go against the bid, concluding that the criminal inserts types in Law 8.666 / 93 are unnecessary, given that the disciplined civil action by Law nº 8.429/92 already has sufficient punitive measures for those who violate the bidding dictates.*

**Key Words:** Bidding crimes. improbity action. Minimalism.

## 1 INTRODUÇÃO

Nem tudo que reluz é ouro. O discurso de punição máxima, com nítido caráter de infligir um castigo gravoso ao acusado, com aumento da cominação das penas aplicáveis pode parecer tentador, na busca de dar uma maior área de efetividade ao direito penal.

No entanto, não se pode perder de vista que as garantias constitucionais esculpidas por um estado democrático de direito, acompanhadas pela busca de uma maior racionalização da sanção ao acusado, devem ser consideradas, inclusive para, até mesmo, afastar as sanções de natureza penal, quando outras medidas são adequadas e suficientes para reprimir o ilícito cometido e, ao mesmo tempo, desestimular outros membros da sociedade a cometerem as mesmas irregularidades.

A esse respeito, Antônio Suxberger alerta<sup>[1]</sup> que “o direito penal brasileiro tem passado de ultima ratio a prima ratio, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias”.

Pondera também o referido autor<sup>[2]</sup>:

*Há outras formas que, inclusive, devem preceder ao direito penal, o qual, pela gravidade de suas consequências, é a última ratio do sistema. Desse modo, são formas de controle extrajurídico que o antecedem: a família, a escola e a religião; ultrapassados esses primeiros filtros, aparecem também os métodos jurídicos de controle, que são os outros ramos do ordenamento jurídico, como direito civil, administrativo ou econômico. (...)*

*Uma legitimação dotada de um mínimo de pretensão de permanência certamente deverá orientar-se segundo os princípios da necessidade e proporcionalidade. As decisões político-criminais direcionadas à criminalização de uma conduta supõem um mal para alguém, de sorte que tal imposição só cabe de modo subsidiário (isto é, se a finalidade perseguida não puder ser obtida por meio*

*menos danoso) e proporcional (isto é, de maneira que o dano causado seja adequado ao fim pretendido, não causando um dano maior que aquele que visa evitar).*

Portanto, nesse espeque, mesmo em condutas ilícitas cometidas contra a Administração Pública que, diante do atual (permanente?) cenário político do Brasil, com diversos casos noticiados na imprensa de corrupção contra as mais diversas entidades públicas, a princípio, merecem punições severas e exemplares, deve se buscar mecanismos racionais, proporcionais e razoáveis de sanção.

Nesse espeque, os tipos penais capitulados na Lei nº 8.666/93, em seus artigos 89 a 98, visam sancionar condutas que atentem contra a licitação. Todos os artigos cominam multa como pena, calculada entre dois a cinco por cento do valor do contrato, além de detenção, que pode variar de seis meses a seis anos.

De outro lado, todas as condutas tipificadas como crime na Lei de Licitações também podem ser enquadradas como atos de improbidade, disciplinados pela Lei nº 8.429/92, que, apesar de sua natureza cível, sanciona, igualmente, o agente que desrespeita os ditames legais.

Por conta disso, sem contar ainda com a possibilidade de sanções na esfera administrativa, surge a problemática do presente artigo: o direito penal, que é visto como a *ultima ratio*, deveria disciplinar os crimes cometidos em uma licitação que podem ser punidos por meio de uma ação de improbidade? Não é demasiada a reprimenda contra o agente que atenta contra as regras do direito licitatório, mesmo considerando a independência entre as esferas administrativa, cível e penal?

Para responder a tal indagação, faz-se necessário: i) verificar os tipos penais existentes na Lei nº 8.666/93, cotejando com a jurisprudência que trata do tema; ii) analisar como é sancionado o agente através da Lei de Improbidade e a sua correlação com os crimes licitatórios, igualmente verificando a jurisprudência que trata da matéria; iii) expor, ainda que sucintamente, os ensinamentos da teoria minimalista, dando ênfase na busca por medidas alternativas ao direito penal; iv) analisar se a ação de improbidade é suficiente para garantir uma reprimenda adequada ao

agente ou se os crimes tipificados na Lei nº 8.666/93 são necessários e indispensáveis no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, neste artigo, não se defenderá punições máximas a políticos e agentes públicos, mas sim penas proporcionais e razoáveis, de acordo com a conduta perpetrada. O presente trabalho tampouco tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas trazer, quem sabe, um novo ponto de vista.

## 2 OS CRIMES LICITATÓRIOS

Faz-se necessário, para o intento do presente artigo, apresentar uma visão geral sobre os tipos penais existentes na Lei de Licitações. Não se adentrará em detalhes de cada crime, eis que não é o objetivo deste trabalho. Mas é relevante expor que todos os tipos têm por objetivo a busca por coibir práticas que venham a levar ao descumprimento da Lei de Licitações, seja com prejuízo e dano efetivo à fazenda pública ou somente descumprimento dos preceitos legais.

Ressalte-se, inicialmente, que causa certa estranheza a posição no ordenamento jurídico de tais crimes, haja vista que estão previstos num diploma legal que visa regular as contratações públicas.

Por curiosidade, no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que visa criar outro código penal, os crimes licitatórios são transpostos, com alguns ajustes redacionais e no quantitativo das penas, para o código penal, resolvendo o problema da posição de tais crimes no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, os crimes tipificados na Lei de Licitações poderiam, hipoteticamente, serem enquadrados em outros tipos, tais como a falsificação de documentos. Por exemplo, o art. 326 do Código Penal (violação do sigilo de proposta de concorrência) é similar ao art. 94 da Lei nº 8.666/93, mas com penas distintas.

Claro que, em decorrência do princípio da especialidade, as condutas realizadas dentro de um contexto licitatório afastaria outros tipos penais gerais.

Observa-se que a detenção e a multa são aplicadas, em todos os crimes tipificados na Lei nº 8.666/93, cumulativamente e não

alternativamente. Assim, caso determinada conduta seja enquadrada como crime, não há margem para que o juiz decida por aplicar somente multa ou somente detenção, buscando melhor adequar a reprimenda à reprovação da conduta, haja vista que legislador, no texto legal, utiliza a conjunção “e”. Neste caso, o juiz perde um pouco a flexibilidade necessária para definir a melhor sanção, de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade.

Não obstante a tais questões, todos artigos da Lei de Licitações têm, de ponto em comum, a criminalização de condutas que acabem por frustrar, ou fraudar, os objetivos da licitação.

Entretanto, cabe indagar: toda e qualquer conduta desviante dos ditames da Lei de Licitações que maculem seus objetivos cabe a sanção penal?

A título de exemplo, a regra da Lei nº 8.666/93 é a realização do certame para a escolha da proposta mais vantajosa e, em regra, mais econômica para a Administração Pública.

Somente em casos excepcionais, devidamente justificados, é possível a contratação direta de determinado fornecedor sem uma competição. São os casos de licitação dispensada (art. 17 da Lei nº 8.666/93), dispensável (art. 24 da Lei nº 8.666/93) ou inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

Caso determinado agente venha a se valer de uma dispensa ou inexigibilidade, contratando diretamente um fornecedor fora das hipóteses previstas em lei, incorrerá em crime cuja pena cominada será, além de multa, uma detenção de três a cinco anos (art. 89 da Lei nº 8.666/93).

No entanto, os crimes licitatórios inadmitem a modalidade culposa. Mais que isso, de acordo com a jurisprudência, não basta um dolo genérico, ressalvados alguns casos, para a penalização do agente: é necessário um dolo específico, sendo necessário que o agente tenha agido de maneira deliberada para o cometimento dos ilícitos.

Por conta disso, é relevante observar como a jurisprudência tem tratado a questão perante situações fáticas concretas. Uma decisão que vem sendo utilizada reiteradas vezes como fundamento para outras decisões judiciais é a proferida pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal nº 480 – MG, em acórdão de relatoria do Ministro

Cesar Asfor Rocha, que abriu divergência para o entendimento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

*AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. – Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. – Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. – Ação penal improcedente.*

No processo suso, a então prefeita autorizou a contratação direta, por dispensa de licitação, em razão do valor (art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93). No entanto, houve o fracionamento dos serviços para o

enquadramento como dispensa, ficando caracterizada, de fato, a burla ao processo licitatório.

Assim, a princípio, o caso poderia ser enquadrado como crime pelo art. 89 da Lei 8.666/93 que dispõe:

*Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*

*Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.*

O ministro observou, dentro quadro fático-jurídico posto para apreciação do STJ, que haveria dolo genérico na conduta da agente, qual seja, a vontade de, mediante o artifício de fracionar os serviços, afastar a obrigatoriedade de prévia licitação.

Entretanto, o entendimento exarado pelo Ministro Relator, que fora igualmente replicado em outros julgados da espécie, foi a necessidade, no caso do crime capitulado no art. 89 da Lei nº 8.666/93, de dolo específico, voltado a causar prejuízo ao erário:

*Mas compreendo que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Devem estar caracterizados, a meu ver, não só o dolo específico de causar dano ao erário, mas também o próprio dano, pontos inexistentes no caso em debate e sobre os quais diverge a jurisprudência pátria. (...)*

*Ouso divergir da orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, por entender que as infundáveis e naturais dúvidas que gravitam em torno da legalidade dos atos praticados em todos os momentos pelas administrações em geral,*



*ensejando erros e acertos por parte dos agentes públicos, inclusive pelos mais habilitados juridicamente, impõem uma interpretação mais cuidadosa e restrita das normas punitivas, sobretudo as do âmbito criminal. Ademais o engessamento da atividade administrativa mediante ameaças de condenações criminais é tão pernicioso quanto a sua liberação total, descontrolada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação das normas jurídicas destinadas a punir os agentes públicos, os quais têm a obrigação de impedir uma desastrosa estagnação da atividade estatal. (...)*

*Assim, confiro às normas de natureza penal inseridas na Lei n. 8.666/1993, dentre elas a do art. 89, o objetivo de apenar, na verdade, os administradores efetivamente desonestos, mal intencionados e criminosos, cabendo ao órgão acusador comprovar o dolo específico do acusado de causar danos aos bens públicos. Apenas sob esse enfoque é que, em crimes semelhantes ao destes autos, poderá a alegação de inexperiência do administrador e de seus assistentes auxiliar na descaracterização do tipo.*

*Assim, se o agente deixou de observar as formalidades legais por mera culpa em sentido estrito, ou, ainda, exista apenas um dolo genérico, não responderá penalmente com fulcro no art. 89 da Lei nº 8.666/93, ainda que possa ser responsabilizado por outra esfera, seja administrativa ou cível.*

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal<sup>[3]</sup>, na primeira turma, decidiu, na Ação Penal 559 – PE, em Acórdão de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

*Ação Penal. Ex-prefeito municipal que, atualmente, é deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art.*

*89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente.*

*1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorizasse a condenação do réu na condição de prefeito municipal, por haver dispensado indevidamente o procedimento licitatório para a contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal do Recife/PE.*

*2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida por parte do réu de superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.*

*3. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente, que tenha havido vontade livre e consciente do agente de lesar o Erário.*

Assim, segundo o ministro Dias Toffoli, deve-se restar demonstrado, para a existência de crime licitatório com base no art. 89 da Lei nº 8.666/93, a vontade livre e consciente do agente de burlar a licitação e gerar prejuízo ao erário.

Nessa senda, o entendimento jurisprudencial predominante é conferir uma interpretação restritiva ao tipo penal do art. 89 da Lei nº

8.666/93, exigindo dolo qualificado, voltado a apenar apenas o administrador desonesto e que cause prejuízo ao erário.

Assim, se o administrador não adota cautelas ou age em desacordo com lei, mas sem intuito de causar dano ao erário, a sua conduta não é penalmente atingida.

A corroborar com tal entendimento, Marçal Justen Filho<sup>[4]</sup> leciona:

#### *2.2.2) A existência de dano*

*Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração. (...)*

#### *2.3) O tipo subjetivo*

*O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.*

*Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário.*

É indubitável que as condutas descritas nos crimes licitatórios são de extrema reprovabilidade, eis que acabam por gerar prejuízos, diretos ou indiretos, para a Administração Pública e, por consequência, para a sociedade como um todo, o que fundamenta a imposição de uma sanção.

Entretanto, a interpretação restritiva adotada pelo STF e pelo STJ em casos da espécie é salutar, pois evita que qualquer conduta que descumpra os preceitos licitatórios possa ser enquadrada como crime, com a aplicação, cumulada, de detenção e multa.

Nessa senda, as decisões exaradas pelos ministros, acima mencionadas, ao exigir um dolo qualificado da conduta do agente evita que meras irregularidades, sem grande gravidade ou prejuízo ao erário, venham a ser punidas como crimes, com detenções para pessoas que não tiveram uma vontade deliberada de se locupletar ilicitamente, às custas da Administração, ou causar prejuízos aos cofres públicos.

Não obstante, é necessário verificar também em que medida a ação de improbidade sanciona o agente e, por conseguinte, se faz necessário a tipificação penal.

### 3 A LEI DE IMPROBIDADE

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, dispõe: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Percebe-se, da redação constitucional supra, que o leque de sanções possíveis ao agente que cometer um ato de improbidade é amplo e gravoso, sem prejuízo, repita-se, da ação penal cabível.

Nessa senda, caso exista um movimento legislativo tendente a afastar a ação penal de atos tidos como ímprobos, faz-se necessário, primeiramente, alterar a Constituição para, posteriormente, promover uma mudança no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Não obstante a isso, para um político que dedica a sua carreira exclusivamente para as atividades políticas, por exemplo, cabe questionar: qual a sanção mais gravosa? Será uma detenção de seis meses que certamente, diante da diminuta pena imposta, será substituída por uma pena restritiva de direitos, ou a suspensão dos seus direitos políticos? Ao que parece, esta última sanção, no caso exemplificado, é mais danosa do que a primeira.

Com isso, não se está a dizer que uma pena que restringe a liberdade é menos severa que uma perda de uma função pública, pois seria ilógico, mas o que se constata é que uma pena diminuta de detenção, substituída por uma restritiva de direitos, é mais favorável a um acusado do que a perda de sua função pública.

Nesse cenário, qual a razão de mover contra tal agente uma ação penal? Não seria suficiente e adequado o ingresso apenas da ação de improbidade?

De igual sorte, cabe indagar se a existência dos tipos penais insertos na Lei nº 8.666/93 contribuem para a diminuição dos ilícitos, se são eficazes em evitar novas condutas desviantes. Se a resposta for negativa, ou a contribuição seja diminuta, então a intervenção penal não se justifica, ainda mais se existem outros mecanismos de repressão.

É relevante afirmar que não se está a defender, com tal questionamento, a conduta improba, qualquer que seja, que é deveras reprovável e merece uma justa reprimenda, mas sim busca-se avaliar se é adequada a ação penal, no caso em comento, em condutas cometidas no âmbito de um processo licitatório.

A própria divisão tripartite dos processos contra o agente – administrativo, cível e penal – transforma em uma *via crucis* o caminho a ser percorrido para se chegar a uma decisão acerca da conduta praticada e, por vezes, as decisões emanadas são divergentes. Deve-se buscar uma racionalização do processo, com o estabelecimento de uma via única para

avaliar se o comportamento praticado é, ou não, punível, qualquer que seja a pena a ser aplicada e qualquer que seja a seara (administrativa, cível ou penal).

Destarte, para cada conduta, sob o ponto de vista racional de uma processualística, deveria existir tão somente um processo. Claro que existe, no ordenamento jurídico pátrio, a independência entre as instâncias, mas tal possibilidade acaba, por vezes, a sobrecarregar desnecessariamente o acusado, obrigando-o a se defender em mais de uma “frente de batalha”.

Além dos crimes licitatórios, os atos enquadrados como de improbidade são exemplarmente punidos pela Lei nº 8.429/92, que possui natureza cível. E a possibilidade de que um ato seja enquadrado como improbo é ampla, haja vista que os atos são subdivididos, na citada lei, em três categorias: a) enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei de Improbidade); b) prejuízo ao erário (art. 10 da Lei de Improbidade); c) que atentam contra os Princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de Improbidade).

Como possui um extenso rol de condutas tidas como ímprobas, sendo tal rol meramente exemplificativo, as condutas descritas como crimes licitatórios são todas, integralmente, englobadas por uma eventual ação de improbidade.

As penas aplicadas, por sua vez, apesar de serem explicitamente independentes das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica (art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92), são suficientemente severas, senão vejamos:

*I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*

*II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

*III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

Observa-se que as sanções são, inclusive, mais gravosas que as penas do direito penal. As sanções de perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos são mais danosas ao infrator do que uma detenção, por exemplo, de seis meses, que pode ser substituída por medidas restritivas de direito, como dito alhures.

Na aplicação da Lei de Improbidade, as sanções acima são aplicadas e fixadas de acordo com a reprovabilidade da conduta, podendo ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente. Assim, o juiz, diante do caso concreto, tem maior liberdade para escolher a sanção mais adequada e o seu quantitativo em relação às penas capituladas na Lei nº 8.666/93.

Além disso, diante de uma conduta reprovável, o rol de sanções acima parece suficiente para a resposta estatal, mesmo nos casos de crimes licitatórios.

Diferentemente dos crimes capitulados na Lei nº 8.666/93, para que uma conduta seja taxada como improba, independe de dolo específico, bastando que haja ofensa aos princípios da Administração Pública. No entanto, as sanções por improbidade incidem apenas, em regra, quando houver, ao menos, dolo, caracterizado pela desonestidade ou má-fé do agente público.

Assim, uma conduta culposa que acabe por infringir, por exemplo, princípios da Administração Pública não dá ensejo a penalização pela Lei de Improbidade, exceto em casos excepcionais explicitamente apontados na Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>[5]</sup>, no Resp 604151 – RS, de relatoria do Ministro José Delgado, assim decidiu:

*ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. 1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei. 2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa. 3. Recurso especial provido.*



Extrai-se, da decisão retro mencionada, que a existência de dano aos cofres públicos não é elemento obrigatório para apenar o agente, no caso do art. 11 da Lei 8.429/92. De igual forma, a conduta deve ser, em regra, dolosa, sendo a conduta culposa, salvo em casos excepcionais, enquadráveis como improba.

Percebe-se que, tanto no crime da Lei de Licitações como na Lei de Improbidade, a jurisprudência tende a aplicar tais diplomas legais apenas aos agentes desonestos, que agem com dolo. Aquele que age com culpa, sem intenção de causar dano ao erário, acaba sendo apenado, se o caso comportar, apenas na seara administrativa.

De outra senda, apesar da natureza e da metodologia serem diferentes, é observável que, caso o agente venha a responder a uma ação de improbidade e, também, a uma ação penal por crime capitulado na Lei nº 8.666/93, ele pode ser multado duas vezes pelo mesmo fato, o que pode ser interpretado como um *bis in idem*.

Assim, caso ambas as ações sejam acolhidas e julgadas procedentes, é possível que o agente venha a ser condenado a uma pena de detenção e multa, na seara penal, e, também, a uma multa, além de outras sanções, na seara cível.

Pergunta-se: se as sanções elencadas na Lei de improbidade já sancionam o agente faltoso, severa e exemplarmente diga-se de passagem, sendo o direito penal a *ultima ratio*, devendo ser aplicado apenas quando todas as demais medidas possíveis restaram-se infrutíferas, então qual o fundamento para a existência do rol de crimes licitatórios?

Para analisar tal indagação, faz-se necessário adentrar nas doutrinas que discorrem sobre as penas, com viés minimalista do direito penal, voltado para medidas alternativas ao direito penal.

#### 4 A TEORIA MINIMALISTA E AS ALTERNATIVAS AO DIREITO PENAL

A legitimação do direito penal, segundo Winfried Hassemer<sup>[6]</sup>, deve ser pautada no bem jurídico tutelado, mais voltado para garantir a liberdade e a proteção do acusado. Ele<sup>[7]</sup> expõe o princípio da *ultima ratio*, na medida em que a tutela penal somente deve atuar quando necessária,

adequada e proporcional, eis que é um maquinário que fere intensamente o acusado.

Luigi Ferrajoli<sup>[8]</sup>, igualmente, discorre sobre a expansão desenfreada do direito penal, na sua realidade (Itália, 1992), mas é um discurso atual, aplicável plenamente à realidade brasileira:

*Por otra parte las políticas del Derecho Penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.*

Explica Luigi Ferrajoli<sup>[9]</sup> que “a pena – segundo a já aludida tese que une Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani – deve ser necessária e a mínima dentre as possíveis em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos”.

Nesse espeque, se o bem jurídico tutelado, a moralidade e a lisura nos processos licitatórios, é protegido por meios menos gravosos ao acusado, mormente sem atingir a sua liberdade, então a utilização dos tipos penais da Lei nº 8.666/93, que possuem a detenção como pena, não está em conformidade com o princípio da *ultima ratio* acima mencionado,

sendo a utilização de tais penas uma retribuição e um castigo desarrazoado e desproporcional.

Nessa senda, explica Ferrajoli<sup>[10]</sup> que:

*Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda a relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil com prejuízos reparáveis e à ilícitos administrativos todas as violações de normas administrativas.*

Alice Bianchini<sup>[11]</sup> explica também que o direito penal apenas é justificável quando a ofensa irrogada é grave e o bem jurídico tutelado possui elevado grau de importância:

*Há consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. Além da verificação a respeito do grau de importância do bem — sua dignidade —, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. Assim, somente podem ser erigidas à categoria de crime, condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade. Portanto, incomodações de pequena monta, ou que causem diminutos dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.*

Explica a mencionada doutrinadora, outrossim, o caráter subsidiário do direito penal, fragmentário, demonstrando que, somente quando não há

outros meios eficazes de controle social é que abre-se a possibilidade da intervenção penal no ilícito:

*Além disto, a utilização do Direito penal deve ficar circunscrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado. Desta forma, a intervenção penal só é admitida quando não há outro mal menor passível de substituí-la. Este seu caráter subsidiário pode se dar de duas formas: uma externa outra interna. Na primeira, lança-se mão, para solucionar algum problema, de meios de controle social derivados de outros ramos do Direito, ou, mesmo, de outras alternativas de controle não formais. A segunda, pelo contrário, não permite que a solução se dê fora do sistema repressivo, embora trate de amenizar a intervenção penal, mitigando o “mal” que causa a pena. Opera-se, aqui, o movimento político-criminal conhecido por despenalização, no qual, apesar de se manter a natureza ilícita da conduta, são criadas medidas tendentes a restringir, ou, mesmo, evitar a aplicação ou a execução de pena privativa de liberdade.*

Luigi Ferrajoli<sup>[12]</sup>, por sua vez, explica a distinção entre as teorias justificacionistas e abolicionistas. A primeira corrente procura justificar a pena, enquanto que a segunda procura extinguir qualquer espécie de punição.

Antônio Suxberger<sup>[13]</sup> explica os múltiplos sentidos do termo abolicionista:

*Quando se menciona o abolicionismo, cumpre distinguir uma compreensão desse termo num sentido estrito e num sentido mais amplo. No primeiro, o abolicionismo refere-se à abolição de uma aspecto específico do sistema penal. Por exemplo, enquadram-se como vertentes abolicionistas as que sustentam a abolição da pena de morte. Essa compreensão estrita do*

*abolicionismo refere-se à descriminalização entendida como processo por meio do qual se retira a atribuição do sistema penal para aplicar sanções. Num sentido mais amplo, entende-se o abolicionismo quando o sistema penal, em seu conjunto, é considerado um problema social em si mesmo e, portanto, a abolição de todo o sistema aparece como única solução adequada para a sociedade.*

Neste ponto, é relevante expor que não se está a defender com o presente trabalho a abolição irrestrita de toda e qualquer penalidade, com uma vertente abolicionista em sentido estrito, para um agente público que desvirtua um processo licitatório, por exemplo, de maneira dolosa com o intuito de se locupletar ilicitamente às custas de um prejuízo ao erário.

Ao contrário: deve, sim, um servidor que comete uma irregularidade ser sancionado por sua conduta, mas não com o direito penal e sim com a ação de improbidade, num viés minimalista. Tal solução, aliás, garante uma racionalização do processo contra o acusado, por meio da concentração da apuração do ocorrido dentro de uma ação de improbidade, e, ao mesmo tempo, mantém a possibilidade de sanção, com todos os mecanismos existentes dentro da Lei nº 8.429/92.

Na mesma senda, não se está a desmerecer o bem jurídico tutelado, que é, de fato, relevante, que é a lisura dos processos licitatórios, mas, o que se constata, diante das legislações que procuram apenar o acusado por uma conduta desviante no curso do processo licitatório, *in casu*, a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade, é a desnecessidade de uma ação penal própria quando já existem mecanismos eficazes de sanção para o acusado.

A sanção deve ser proporcional e razoável contra o agente que age em desacordo com os ditames legais, principalmente para evitar ações privadas contra o acusado.

Nesse sentido, Ferrajoli<sup>[14]</sup> defende a redução das penas, com perspectiva de abolição das penas detentivas, mas ao mesmo tempo defende a pena enquanto técnica para minimizar a reação violenta contra os desvios sociais não tolerados e como garantia do acusado.

Assim, o equívoco da doutrina retributiva, segundo o pensador italiano[15], é atinente à legitimação do direito penal, confundindo a razão de punir pelo como punir o criminoso. Assim, confunde a legitimação externa (por quê punir?) e a interna (como punir?). O castigo, defendido pelas teorias retributivas, quando sustentam a pena como mal pelo próprio mal, não enfrentam o problema de justificar externamente à pena.

Nessa linha, segundo o aludido autor[16], as doutrinas retributivistas servem para justificar modelos não liberais de direito penal máximo.

Ao tratar da doutrina utilitarista, Ferrajoli[17] aponta que, uma vez ultrapassada a questão de que a pena não pode ser vista e justificada pelo seu passado, nem tampouco pode ser um fim em si mesma, abre-se espaço para as doutrinas utilitaristas, voltadas para o futuro, que veem a pena como um meio para o atingimento de uma utilidade, desde a intimidação do ofensor até a intimidação geral.

Ferrajoli[18] ressalta, quanto à doutrina utilitarista, que mesmo sendo um pressuposto necessário, tal doutrina não é uma condição suficiente, de maneira isolada, para fundar, no plano teórico, sistemas garantistas de direito penal mínimo. Ele indaga: em que coisa consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo direito penal? Quais são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos? É da resposta a estas perguntas que dependem os contornos garantistas das concepções militaristas da pena.

O autor italiano[19] cita, com muita propriedade, Rudolph Von Jhering: "Para cada delinquente executado o Estado se priva de um de seus membros; para cada delinquente encarcerado, o Estado paralisa uma força laborativa. Para o direito penal, o reconhecimento do valor da vida e da força humana reveste uma importância eminentemente prática. Se Beccaria, na célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764), não tivesse levantado sua voz contra o abuso que a pena constitui, deveria tê-lo feito Adam Smith, em seu livro sobre a causa da riqueza das nações (1766)".

Nessa linha doutrinária, mais razão ainda possui o argumento da desnecessidade de uma ação penal para as ações ilícitas enquadráveis como crimes licitatórios, notadamente por tais tipos penais cominarem a detenção como uma das penas para o acusado.

Ferrajoli[20] explicita que, dentro dessa temática, o princípio de que a lei não deve estabelecer nada além de penas estrita e evidentemente necessárias, as doutrinas utilitaristas mostraram-se incapazes de sugerir critérios de efetiva delimitação e minimização do direito penal.

O autor[21] também detalha as doutrinas utilitaristas por sua finalidade, prevenção geral ou especial, e positivo ou negativa. Em síntese, aponta quatro tipos distintos de finalidade presente nas doutrinas utilitaristas aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.

De tal detalhamento feito pelo doutrinador italiano, extrai-se mais um argumento a reforçar a desnecessidade da ação penal, haja vista que, se uma ação de improbidade pode cumprir a contento todas aquelas finalidades, então fica carente de legitimidade a tipificação penal, na medida que todas as finalidades podem ser atendidas sem acionar o direito penal.

Na tentativa de justificação da pena, segundo Ferrajoli[22], deve ser realizada uma avaliação entre meios e fins penais, devendo os fins e meios serem homogêneos entre si, de maneira que o mal causado pelas penas seja confrontável com o bem perseguido como fim, sendo-lhe justificável não apenas a necessidade, mas também a natureza e a medida como males ou custos menores em relação à falta de satisfação do fim.

Nessa senda, o autor italiano[23] pondera que um modelo de justificação deve ser idôneo não tanto a justificar aprioristicamente, mas sim indicar as condições em presença das quais o direito penal é justificado e em ausência das quais não se justifica. Assim, uma doutrina de justificação da pena devem consistir em justificações relativas e condicionadas para que, por seu turno, não decaiam à condição de

operações de legitimação apriorística e, conseqüentemente, ideológica. Nessa linha, precisamente, estas serão justificações a posteriori, parciais e contingentes, posto que resultantes da verificação de um satisfatório grau de realização do bem extrajurídico assumido como objetivo.

De outra banda, diz Ferrajoli[24] que uma teoria abolicionista somente é consistente quando os requisitos necessários para um modelo de justificações sejam considerados não apenas insatisfeitos, mas, também, impossíveis de virem a sê-lo.

Ao discorrer sob garantismo e minimalismo penal, o mesmo autor[25] pondera que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. A pena serviria para não pecar e, também, para não punir abusivamente.

Explica ainda que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Assim, Ferrajoli[26] entende que somente o segundo objetivo, ou seja, a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, é válido para distinguir o direito penal dos outros sistemas de controle social.

Ferrajoli[27] entende que “penas serían solo restricciones de la libertad, de tipo detentivo o de otros tipos; proceso sería solo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales”.

Ele[28] ainda entende que se deve efetuar uma redução quantitativa de bens jurídicos tutelados pelo direito penal, inclusive a tutela da administração pública, defendendo o princípio da ofensividade pessoal, voltada para tutelar somente a lesão do indivíduo em carne e osso.

Complementa Ferrajoli[29] dizendo:

*En la medida en que no existe ni una persona identificable con el Estado, ni mucho menos un bien o un valor asociable con ella en cuanto tal, estos delitos (frecuentemente configurados en términos vagos y valorativos y por ello también em contraste*



*con el principio de estricta legalidad) están en su mayor parte privados de objeto y por ende de razón de ser.*

Nessa esteira, depreende-se que Ferrajoli defende um direito penal mínimo com a máxima redução possível da intervenção estatal. Corrobora tal ensinamento, portanto, com a busca de, diante de uma situação em que uma medida não penal é suficiente, descabe se valer dos mecanismos penais de repressão.

Elena Larrauli<sup>[30]</sup>, por sua vez, defende que um comportamento que se quer demonstrar repulsa deve a rejeição ser fundamentalmente restauradora, vetando, por isso, penas desumanas como a prisão e, ao mesmo tempo, buscando uma justiça mais democrática e participativa para a vítima. Ela compartilha da preocupação básica de Ferrajoli em submeter o poder punitivo estatal a controles legais estritos, mas entende que a prisão viola os direitos humanos.

Também é relevante pontuar que, diante de uma profusão de penas encarceradoras, há uma população carcerária crescente. Assim, quanto menos tipos penais que preveem a cadeia como sanção, melhor para a redução de gastos estatais com a manutenção de presídios.

Roger Matthews<sup>[31]</sup> expõe que, de acordo com a Unidade de Exclusão Social (Social Exclusion Unit, 2002), sobre “redução de reincidências por ex-prisioneiros”, expressa o ponto de vista de que, embora a prisão possa ser justificada para infratores graves, violentos e persistentes, para muitos daqueles atualmente presos, o encarceramento serve para compor uma história de exclusão.

Ele<sup>[32]</sup> também aponta que propostas recentes de limitar o tamanho da população carcerária inclui a excarceração de infratores que cumprem penas de até 12 meses, a expansão dos programas de livramento antecipado e a introdução da detenção intermitente. Há uma ênfase formal contínua em usar a prisão como último recurso, quando todas as outras opções de fixação da pena tiverem sido esgotadas.

Portanto, mais razão ainda há em se afastar o tipo penal quando existem mecanismos, alternativos à prisão, por exemplo, adequados para sancionar o agente infrator.

A própria sociedade, segundo Matthews<sup>[33]</sup>, defende medidas mais brandas para o acusado. Ele constata, assim, é a não confirmação de que há uma maior busca por punitividade. Ao contrário, o que se constata é uma maior tolerância e a busca por medidas sancionatórias proporcionais e adequadas para os delitos.

Destarte, deve-se realizar uma análise e interpretação conjunta dos institutos penalizadores, com vistas a tornar mais racional a persecução e a aplicação de sanções, haja vista que somente diante do respeito às garantias constitucionais do acusado, principalmente a observância da *ultima ratio* do direito penal, é que se pode conferir a efetivação desses valores, na busca por uma sociedade, de fato, justa e livre.

Relevantes os ensinamentos de Antônio Suxberger<sup>[34]</sup> acerca da função de um direito penal:

*A função de um direito penal moderno consiste na realização de uma síntese entre o Estado de Direito e uma prevenção especial ressocializante, por um lado, e as exigências imprescindíveis da prevenção geral, por outro. A política criminal, concebida a partir de uma doutrina dos fins das penas, dirige-se igualmente à determinação também do tratamento da dogmática jurídico-penal.*

Como visto, a pena só encontra compatibilidade com a ordem constitucional quando ela deixa de ser apenas uma medida de castigo, de natureza meramente retributiva, e passa a ser, para o acusado e para a sociedade, uma medida de prevenção geral, voltada a evitar que o acusado cometa novos delitos, e especial, voltada para que os membros da sociedade também se sintam repelidos a cometer condutas desviantes da ordem legal.

E a liberdade, na ordem jurídico brasileira, possui status constitucional de direito fundamental. Assim, é necessária robusta legitimação para cerceá-la, sendo o encarceramento a última medida cabível, quando outros meios não são suficientes.

É nessa linha que, diante de irregularidades menos graves, em comparação a um homicídio ou estupro, por exemplo, em que há uma

maior repugnância social, não há razão de ser a aplicação de prisão como sanção, mormente quando há outras alternativas suficientes para apenar o agente faltoso, como é o caso de irregularidades cometidas em uma licitação.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de uma conduta reprovável, mormente quando envolve atos contra a Administração Pública, deve-se buscar medidas corretivas exemplares. No entanto, o excesso, principalmente quando envolve o direito penal, deve ser evitado, pois um estado democrático de direito não acoberta sanções excessivas, no intuito, inclusive, de resguardar a dignidade da pessoa humana<sup>[35]</sup>. Se os objetivos da prevenção são atingidos, ainda que por meio de sanções de cunho civil ou administrativa, descabe a incidência de tipos penais.

Assim, é necessário melhor dosar a resposta estatal. Se uma ação de improbidade, por exemplo, já é o suficiente para apenar o infrator, descabe adentrar na seara penal.

Deve-se deixar os tipos penais apenas quando estes se mostrarem a única alternativa viável, principalmente quando cominam pena de restrição à liberdade, como é o caso dos crimes licitatórios que preveem, todos, a pena de detenção.

Da exposição acima realizada, percebe-se que os tipos penais da Lei nº 8.666/93 são menos gravosos que as sanções cíveis previstas na Lei nº 8.429/92, além deste possibilitar a melhor dosagem da resposta estatal, ao deixar a cargo do juiz verificar qual a melhor resposta dentre o leque disponível, com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ainda que haja uma independência entre as esferas cíveis, administrativas e penais, as sanções não devem se sobrepor, gerando uma resposta desproporcional e desarrazoada frente a um determinado delito.

Assim, percebe-se que, diante da suficiência das sanções capituladas na Lei de Improbidade, não há fundamento para as punições capituladas nos crimes licitatórios insertos na Lei de Licitações.

E, como os crimes licitatórios não possuem a necessária legitimação para sua aplicação, igualmente os tipos penais genéricos do código penal (falsificação de documentos, violação de propostas de concorrência, e demais crimes conexos), também se mostram desnecessários, caso uma sanção de natureza cível ou administrativa seja suficiente para apenar o agente, devendo o direito penal restar inaplicável ao caso concreto, cabendo ao juiz verificar, na dosimetria, a suficiência das penas impostas, levando-se em conta o binômio conduta x sanção em seu conjunto.

Nesse caso, com a possibilidade de uma única via para a apreciação do ato ilícito, por meio da lei de improbidade, o poder judiciário terá maior liberdade para definir a dosimetria da sanção, levando-se em conta a reprovabilidade da conduta e a proporcionalidade e a razoabilidade da pena a ser aplicada.

É na causalidade do mundo real, portanto, que se pode medir e dosar adequadamente a justa sanção para o infrator em sua totalidade.

O magistrado, assim, imbuído de cautela e bom senso, como sempre deve ser, realiza a dosimetria que melhor se adequa ao fato levado à sua apreciação.

Embora não seja o objeto deste artigo, outros crimes de natureza similar também podem se valer do mesmo raciocínio, evitando que a cumulação desarrazoada de sanções acabem por comprometer a equação da individualização da pena, de cunho, inclusive, constitucional (art. 5º, inciso XLVI, da CF/88), com um conjunto de sanções por demais severas.

O direito penal somente se mostra legitimado para agir contra determinadas condutas quando as outras alternativas existentes não se mostram suficientes ou adequadas para, ao mesmo tempo, retribuir e prevenir atos ilícitos da espécie. A sanção de natureza penal somente

pode reluzir quando for extremamente necessária, evitando incidir em toda e qualquer conduta, sob pena de perder o seu brilho.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. *A concepção minimalista do direito penal*. Jus Brasil, Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APN 480 – MG*. Brasília, 29 mar. 2012. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJE 15/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 604151 – RS*. Brasília, 25 abr. 2006. Rel. Min. José Delgado. DJ 08/06/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APN 559 – PE*. Brasília, 25 ago. 2014. Rel. Min. Dias Toffoli. DJE 30/10/2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 199-281 (cap. 5-6; itens 18 a 25).

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 4, n. 5, março-junho 1992.

HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. In: Revista de Informação Legislativa. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, n. 118, abril-junho 1993, p. 237-282.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1170-1186.

LARRAURI PIJOAN, Elena. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 12, n. 17, março 2000.

MATTHEWS, Roger. *O mito do punitivismo revisitado*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Vol. II. São Paulo; Barcelona: Marcial Pons; FESMPDFT, 2015.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

#### Notas:

[1] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

[2] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5 e 17.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APN 559 – PE*. Brasília, 25 ago. 2014. Rel. Min. Dias Toffoli. DJE 30/10/2014.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1172-1173.

[5] STJ - REsp: 604151 - RS. Relator: Ministro José Delgado. Data de Julgamento: 25/04/2006. DJ 08/06/2006.

[6] HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. In: Revista de Informação Legislativa. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, n. 118, abril-junho 1993, p. 258.

[7] HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. In: Revista de Informação Legislativa. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, n. 118, abril-junho 1993, p. 259.

[8] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 4, n. 5, março-junho 1992. p. 1.

[9] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 315.

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 384.

[11] BIANCHINI, Alice. A concepção minimalista do direito penal. Jus Brasil, Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

[12] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 199-201.

[13] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.29.

[14] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 202-204.

[15] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 201-202.

[16] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 201-208.

[17] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 208-209.

[18] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 210-211.

[19] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 220-221.

[20] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 211-212.

[21] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 212-213.

[22] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 264.

[23] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 264-265.

[24] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

[25] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 268.

[26] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 269-270.

[27] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 4, n. 5, março-junho 1992. p. 10.

[28] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 4, n. 5, março-junho 1992. p. 10-11.

[29] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 4, n. 5, março-junho 1992. p. 11.

[30] LARRAURI PIJOAN, Elena. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. [s.l.], ano 12, n. 17, março 2000. p. 05.

[31] MATTHEWS, Roger. *O mito do punitivismo revisitado*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Vol. II. São Paulo; Barcelona: Marcial Pons; FESMPDFT, 2015. p. 28.

[32] MATTHEWS, Roger. *O mito do punitivismo revisitado*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Vol. II. São Paulo; Barcelona: Marcial Pons; FESMPDFT, 2015. p. 28.

[33] MATTHEWS, Roger. *O mito do punitivismo revisitado*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Vol. II. São Paulo; Barcelona: Marcial Pons; FESMPDFT, 2015. p. 39.

[34] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.107.

[35] Art. 1º da Constituição Federal: 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana.



## ANÁLISE DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013)

**EDMILSON MACHADO DE ALMEIDA NETO:** Advogado. Bacharel em Direito pela UnB.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise detalhada da estrutura da Lei nº 12.846/2013, comparando-a com outras normas que compõem o Direito Administrativo Sancionador. Inicialmente, será estudado a modalidade de responsabilização adotada pela Lei, em seguida os sujeitos, os atos puníveis e as sanções previstas.

**Palavras- chaves:** Lei Anticorrupção; Direito Administrativo Sancionador; Lei nº 12.846/2013; Responsabilidade Objetiva.

---

### 1. Responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção antes do advento da lei 12.846/2013

Antes do surgimento da Lei nº 12.846/2013, as pessoas jurídicas já podiam ser punidas pelos atos de corrupção por meio da lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujo artigo 3º faz referência à figura do “terceiro”. Entretanto, como veremos a seguir, são muitos os obstáculos para que elas possam ser enquadradas nesta lei.

Primeiramente, alguns autores entendem que as pessoas jurídicas não podem ser enquadradas como o “terceiros” na Lei de Improbidade Administrativa, mas tão somente a pessoa física. Isto porque a referida norma exige a indução e/ou o concurso para a prática do ato de improbidade, atitudes que somente poderiam ser praticadas por pessoas físicas. Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

*“De qualquer forma, o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas. (...) Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo*

*incompatível com a responsabilização de pessoa jurídica”[1]*

Além disso, essa corrente argumenta que o art. 3.º da Lei nº 8.429/1992, ao mencionar os terceiros, refere-se “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Ao utilizar a referência do “agente público”, a norma teria a intenção de restringir a qualificação do terceiro apenas às pessoas físicas. Assim, as sanções de improbidade deveriam alcançar os sócios da pessoa jurídica, que são os verdadeiros beneficiários do ato de improbidade.

Esse é o entendimento sustentado por Waldo Fazzio Júnior:

*“Em princípio, esse dispositivo não distingue entre terceiro pessoa física e terceiro pessoa jurídica, mas ao usar a expressão ‘mesmo que não seja agente público’ e ao aludir aos verbos ‘induzir’ e ‘concorrer’, para descrever a conduta do extraneus, certamente está se referindo à pessoa natural, não à jurídica.”[2]*

Essa posição não prevalece em nossa doutrina e jurisprudência[3], que entendem ser possível o enquadramento das pessoas jurídicas como “terceiros” na prática de atos de improbidade justificada, principalmente pela ausência de distinção no art. 3.º da Lei nº 8.429/1992, entre pessoas físicas e jurídicas.

Embora aquela posição seja minoritária, já se vislumbrava uma dificuldade inicial.

Em seguida, entendendo ser possível sua aplicação às pessoas jurídicas, existia uma segunda barreira: a identificação de algum agente público como autor da prática do ato de improbidade. Isso porque não é possível propor a ação de improbidade somente contra o terceiro, sem que figure também um agente público no polo passivo da demanda, nesse sentido a melhor doutrina:

*“A responsabilização de terceiros está condicionada à prática de um ato de improbidade por um agente público. É dizer: não havendo participação do agente público, há que ser afastada a incidência da LIA, estando o terceiro sujeito a sanções previstas em outras disposições legais. Pelas mesmas razões, não poderá o particular figurar sozinho no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa, nele tendo de participar, necessariamente, o agente público.*

*Vê-se, portanto, que o art. 3.º encerra uma norma de extensão pessoal dos tipos de improbidade, a autorizar a ampliação do âmbito de incidência da LIA, que passa a alcançar não só o agente público que praticou o ato de improbidade, como também os terceiros que estão ao seu lado, isto é, aqueles que de qualquer modo concorreram para a prática da conduta ímproba, ou dela se beneficiaram. Por consectário lógico, os terceiros responderão solidariamente<sup>73</sup> pela prática do mesmo ato de improbidade imputado ao agente público.”<sup>[4]</sup>*

Por fim, era necessário também demonstrar a existência do elemento subjetivo da pessoa jurídica que lesou a Administração Pública, o que faz gerar outras novas discussões.<sup>[5]</sup>

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa encontrava grandes dificuldades para ser aplicada às pessoas jurídicas, existindo poucos julgados em nossa jurisprudência que demonstrem sua efetiva aplicação. Com o novel diploma, a situação muda e os problemas parecem estar resolvidos.

A Lei Anticorrupção prevê expressamente o enquadramento das pessoas jurídicas como sujeitos ativos do ato lesivo contra a Administração Pública. Consta, também, que a sua responsabilização passa a ser independente da responsabilização da pessoa natural<sup>[6]</sup>. Além disso, a

responsabilização se torna objetiva, não se perquirindo mais sobre a culpa ou dolo da conduta da pessoa jurídica.

Vale destacar que os comportamentos ímprobos gerados por pessoas jurídicas passam a ter uma tutela punitiva autônoma em relação à da Lei nº 8.429/1992, o que não significa que essa legislação não será mais aplicada; vai além disso, assegura que agora também serão punidos de acordo com a Lei nº 12.846/2013<sup>[7]</sup>.

Assim, pela novidade do tema, ainda está incerto como se dará a compatibilização da Lei de Improbidade Administrativa com a Lei Anticorrupção quando envolverem a mesma pessoa jurídica. Será essa uma tarefa que deverá ser enfrentada e decidida por nossos tribunais daqui pra frente, ficando a esperança de que ao aplicarem as duas legislações maximizem os seus efeitos em busca de um tratamento mais rigoroso contra à corrupção.

## **2. Responsabilização objetiva das pessoas jurídicas**

O artigo 2º da Lei nº 12.846/2013 estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção causados à Administração Pública, nesses termos:

*Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

Por opção legislativa expressa, uma vez constatado o dano contra Administração Pública nacional ou estrangeira, haverá a responsabilização da pessoa jurídica com a simples prática da conduta lesiva, sendo desnecessário analisar o seu elemento subjetivo. Ou seja, basta que seja comprovado o ato de corrupção e o nexos de causalidade entre ele e conduta de qualquer representante das pessoas jurídicas envolvidas.

Não se trata de inovação no ordenamento jurídico, na medida em que a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas já tem sido adotada, como, por exemplo, no âmbito da legislação ambiental (art. 14, §1º, da Lei

nº 6.938/1981[8] c/c art. 3º da Lei nº 9.605/1998[9] e nos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil[10].

Ademais, o fato de ser responsabilidade objetiva não significa dizer que será responsabilidade pelo risco integral. Pelo contrário, se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes, rompendo o nexo de causalidade, não há que falar na aplicação das sanções previstas na Lei. Ou seja, não se adotou a responsabilidade objetiva pelo risco integral na Lei nº 12.846/2013.

Nesse sentido, devemos ter cuidado com a leitura da parte final do artigo 2º da Lei que traz como requisito para a incidência da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, que os atos de corrupção sejam praticados em seu *interesse ou benefício, exclusivo* ou *não*.

O artigo é confuso e sua interpretação literal poderia gerar um resultado indesejado, isso porque o único critério que é utilizado para a punição da pessoa jurídica é se ela possuía interesse ou auferiu benefício, ainda que não exclusivo, como consequência do ato de corrupção.

Nota-se que a redação sequer exige que o ato tenha sido praticado por representante legal, empregado, procurador, ou qualquer pessoa representante da pessoa jurídica, ou que a entidade tenha algum envolvimento ou participação no ato de corrupção. Basta, na literal dicção da lei, que o ato lhe seja benéfico, assumindo assim uma responsabilidade objetiva amplíssima. Cria-se, assim, a possibilidade de situações em que ente beneficiado por ato de corrupto (não exclusivamente), possa ser punido por ato de terceiro totalmente estranho às suas atividades, sem que tenha qualquer participação no ato irregular, e mais ainda, devendo fazer prova de fato negativo de seu envolvimento[11].

Como podemos perceber, não é a interpretação pura e literal que devemos fazer do referido artigo. Realizando uma análise sistemática da legislação e buscando a própria *ratio legis*, verifica-se que o ato corrupto deve ter sido praticado por agente que de alguma forma representava o interesse da empresa envolvida na prática corrupta.[12]

Após os esclarecimentos acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas, insta acrescentar que a responsabilidade da pessoa física pelos atos de corrupção será subjetiva, conforme consta no artigo 3º, §3º, da Lei nº 12.846/2013. Assim, os dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas só serão responsabilizados pelos atos de corrupção se for comprovado que agiram com dolo ou culpa. Ademais, de acordo com o §1º do art. 3º da Lei nº 12.846/2013, a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais.

Outro ponto interessante da responsabilização trazida pela Lei nº 12.846/2013, e que não pode deixar de ser mencionado, é a escolha que o legislador fez pelo Direito Administrativo Sancionador, ao invés do Direito Penal.<sup>[13]</sup>

A opção pelo Direito Administrativo Sancionador se deu, em grande parte, no intuito de fugir da discussão acerca da aplicação do Direito Penal às pessoas jurídicas<sup>[14]</sup>. Em verdade a escolha por uma ou por outra tem se demonstrado uma discricionariedade do legislador que, para proteger o mesmo bem jurídico, dispõe de diferentes técnicas. Nesse sentido, também entende Francisco de Octavio Almeida Prado:

*“Apesar de existir certa autonomia dogmática entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, por se tratarem de ramos distintos e por possuírem estruturas diferentes, os valores jurídicos protegidos muitas vezes são os mesmos. A constante discriminação de condutas delituosas e suas transformações em ilícitos administrativos tem demonstrado a inexistência de diferenças ontológicas entre sanções administrativas e penais.”* <sup>[15]</sup>

Não devemos nos esquecer que, por beber da mesma fonte que o Direito Penal, alguns dos benefícios conquistados no âmbito penal devem ser garantidos ao sujeito passivo do direito administrativo sancionador. Tais restrições são importantes pois o exercício do poder punitivo acaba de alguma forma restringindo direitos fundamentais dos indivíduos, como a

liberdade e a propriedade. Assim, deve-se garantir, na aplicação das sanções administrativas sancionatórias, a exigência de que a pena imposta pelo Estado tenha fundamento em lei formal; que a pena imposta seja proporcional à gravidade do fato; o respeito ao contraditório e à ampla defesa; a observância do devido processo legal, entre outras garantias.

Nos parece que o legislador foi feliz na escolha pelo Direito Administrativo Sancionador, pois, além de evitar as discussões já vistas pelo Direito Penal, garantiu que a aplicação da norma se desse de maneira objetiva, dando assim uma resposta estatal compatível com a natureza da infração. Ademais, o legislador previu, por meio da Lei, um modelo de processo administrativo que garante o respeito às garantias individuais dos acusados, prevendo assim critérios específicos para aplicação das sanções, assegurando a ampla defesa e o contraditório, exigindo fundamentação das decisões, etc.

Nesse sentido, aprovando a escolha feita pelo legislador e sintetizando muito bem o que foi dito, André Pimentel Filho descreve que:

*“Essa política foi feliz não só do ponto técnico-jurídico, como também sob a perspectiva sociológica, de eficácia da legislação, eis que a criação de disposições sancionadoras desenhadas especialmente para a sanção de pessoas jurídicas tem potencial de surtir efeito muito superior no objetivo e prevenir e punir práticas corruptas, em especial por permitir que se utilizasse de técnicas de responsabilização que dispensasse a perquirição, tão somente as sanções aplicável as pessoas jurídicas, de elemento subjetivo, justamente que pelo fato de que tal indagação sobre a vontade, sobre o elemento subjetivo que comandou o ato de corrupção, é incabível em se tratando de pessoa coletiva, que age sob influencia de múltiplas condutas e desígnios”. [16]*

### **3. Sujeitos da Lei 12.846/2013**

Estão previstos como destinatário da responsabilização pela Lei nº 12.846/2013, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

É importante destacar que, apesar da literalidade do artigo, parte da doutrina acredita que a pessoa jurídica causadora do ato lesivo não necessita possuir sede ou administração no Brasil para ser enquadrada como sujeito ativo do ato de corrupção. Basta, portanto, que haja realizado uma das condutas presentes no artigo 5º da Lei contra a Administração Pública Nacional, uma vez que vivemos em uma realidade em que as transações comerciais ocorrem de maneira interligada em todo o mundo, dispensando uma sede fixa em território nacional.

Pode-se perceber que o diploma normativo não poderá ser aplicado às pessoas físicas, mas tão somente às pessoas jurídicas. Além disso, o legislador procurou abranger toda e qualquer pessoa jurídica, sendo elas personificadas ou não.

Como destinatários da proteção da Lei Anticorrupção, conforme o artigo 5º, caput §§ 1º e 2º, será a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Assim, compreende-se por Administração Pública nacional os entes políticos que compõem a Administração Direta (União, estados, Distrito Federal e municípios) e as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por outro lado, entende-se por Administração Pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro.

#### **4. Atos Puníveis**



A Lei nº 12.846/2013 tem como objetivo combater todos os comportamentos das pessoas jurídicas que, de alguma forma, procurem corromper, influir ou prejudicar a Administração Pública, para beneficiar a si mesmas ou favorecer terceiros. Nesse sentido, são elencados no *caput* do artigo 5º alguns *tipos administrativos* gerais, que são divididos em três: i) atos que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e iii) atos que atentam contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A sistemática do artigo é trazer os preceitos gerais no *caput* e, em seguida, especificar em seus incisos quais seriam as condutas puníveis, satisfazendo, assim, um dos postulados do Direito Administrativo Sancionador: a tipicidade.[\[17\]](#)

Ademais, o diploma normativo busca punir não só os atos de corrupção propriamente ditos (prometer, oferecer ou dar vantagem indevida), mas também todos os atos que de certa forma violam regras e princípios da Administração Pública, ainda que não haja pagamento propriamente dito a funcionários públicos. Também vale acrescentar que muitas das condutas previstas na Lei Anticorrupção já estão especificadas em outras legislações, como nas leis 8.666/1993 e 8.429/1992, entretanto, como já dito anteriormente, o seu âmbito de aplicação e o seu objetivo são distintos, na medida em que se busca punir as pessoas jurídicas e não as pessoas naturais.[\[18\]](#)

O inciso I do artigo 5º tipifica a corrupção ativa, assim definido: “*prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada*”. Trata-se de um tipo formal, cuja consumação independe do seu resultado, gerando a lesão ao bem jurídico com a simples conduta.

Em seguida, o inciso II tipifica o financiamento de ato lesivo à Administração Pública como sendo aquele que: “*comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos*”. No inciso III, o legislador lista condutas que visam se utilizar de pessoas interpostas para prática de atos lesivos, assim previsto:

“comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”. Nestes dois incisos temos tipos materiais, os quais dependem de resultado naturalístico para sua consumação, que deverão ser devidamente comprovados no âmbito do processo administrativo.

No inciso IV o legislador traz os atos lesivos relacionados com licitações e contratos, sendo condutas que demandam a comprovação da intenção do agente privado de violar o princípio da competitividade das licitações.

Por fim, no inciso V o legislador tipifica as condutas que dificultam a investigação ou fiscalização da Administração Pública, sendo assim previsto: “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. Esta previsão se coaduna com o programa de *compliance*, que é uma novidade inserida pela legislação e que será posteriormente analisada.

Dessa forma, configurada qualquer dessas condutas previstas no artigo 5º, deverão ser aplicadas as sanções previstas na Lei Anticorrupção, hajam elas ocorrido em território nacional ou no exterior. A extraterritorialidade da Lei está expressamente prevista em seu artigo 28, caso em que atos lesivos praticados por pessoas jurídicas brasileiras em detrimento da Administração Pública estrangeira estarão sujeitas também às sanções da nossa legislação. Previsão que está em consonância com as determinações da OCDE, da qual o Brasil é signatário e que segue os passos das principais legislações estrangeiras que visam combater a corrupção, como a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e a *Bribery Act* (UKBA).

## 5. Sanções e Instrumentos de Responsabilização

A Lei nº 12.846/2013 traz sanções diferentes para cada esfera de responsabilização, bem como instrumentos que buscam efetivar sua aplicação. Em se tratando do âmbito administrativo, as sanções estão

elencadas no artigo 6º, enquanto na esfera judicial as punições constam em seu artigo 19. Antes de analisarmos cada uma delas, vale registrar que a maioria das sanções não são novidades em nosso sistema, podendo ser várias delas encontradas em outras leis, como na Lei de Licitações e Contratos (8.666/1993), na Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992), na Lei do CADE (12.529/2011), entre outras. O que irá diferenciá-las das demais será o seu procedimento e as pessoas que serão punidas, mas não o seu conteúdo em si. Ademais, o fato de possuírem o mesmo conteúdo não impede que sejam aplicadas conjuntamente, devendo ser compatibilizadas sempre que possível. E não devemos esquecer que, em qualquer hipótese, as pessoas jurídicas infratoras deverão reparar integralmente o dano causado.

Insta mencionar que, além de serem punidas na esfera administrativa (responsabilização administrativa), as pessoas jurídicas também poderão ser responsabilizadas na esfera judicial. Assim, se uma determinada pessoa jurídica praticar algum dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013, o ente público deverá instaurar um processo administrativo para apurar o fato e ajuizar uma ação contra a pessoa jurídica infratora.

Iniciando pelo processo administrativo, os artigos 8º, 9º e 10 conferem à Administração Pública lesada ou ao órgão competente (que deverá estar previsto no decreto regulamentador de cada ente federativo) a competência para instaurar o processo contra as pessoas jurídicas infratoras. No caso da Administração Pública Federal, além da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, terá também competência a Controladoria Geral da União (CGU), isto é, tanto esta quanto aquela poderá instaurar o processo administrativo, salvo se uma ou outra já tiver instaurado. Ademais, caso a entidade lesada tenha instaurado o processo e esteja agindo com desídia, negligência ou dolo, poderá a CGU avocar o processo para examiná-los e corrigi-los, garantindo-se assim a devida responsabilização e punição dos infratores.

As penas do processo administrativo estão previstas no artigo 6º, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. São elas: (i) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do

faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou quando não for possível sua estimação, será de R\$ 6.000,00 (seis mil) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões), jamais podendo ser inferior a vantagem auferida; (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória, que será nas forma de extrato de sentença e deverá ser publicado em meio de comunicação de grande circulação, além de ser afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade e publicada também em seu sítio eletrônico.

A respeito da multa, vale mencionar que sua aplicação em nada impede que também seja aplicada a multa civil prevista no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, pois além de ser previstas para diferentes instâncias (uma é multa administrativa e a outra é multa civil), a base de cálculo também é distinta. Além disso, de maneira acertada, o legislador previu que a pena de multa será aplicada levando em consideração o faturamento da empresa e não a natureza do ato em si, o que faz com que ela se dissocie do ato ilícito, criando um risco e desestímulo ainda maior para sua prática.

Ainda em relação à multa, o legislador estabeleceu alguns parâmetros objetivos no artigo 7º que deverão orientar a autoridade administrativa na fixação do seu valor. Assim, serão levados em consideração a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, a dimensão econômica dos contratos, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração dos ilícitos, bem como a previsão de mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à comunicação de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito interno da pessoa jurídica. No âmbito Federal, o Decreto nº 8420/2015 traz, nos artigos 17 a 23, os critérios que serão utilizados para fixação da multa, dando um maior detalhamento dos parâmetros que serão adotados pela autoridade administrativa. Assim, alguns parâmetros deverão ser levados em conta como o valor do contrato com a Administração Pública, a reincidência da conduta, a consumação ou não do ato, a realização de acordo de leniência, a existência de um bom programa de *compliance*, entre outros.

Ao final do processo administrativo, a autoridade máxima da pessoa jurídica lesada ou do órgão competente deverá fixar as sanções administrativas (cujo relatório é realizado por uma comissão por ele designada) e, em seguida, deverá se dar conhecimento ao Ministério Público para que apure eventuais delitos.

Finalmente, não podemos deixar de mencionar que a Lei nº 12.846/2013 traz a possibilidade de haver a desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo para que sejam aplicadas as sanções aos administradores e sócios-administradores. Isso ocorrerá sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, conforme consta no artigo 14 da Lei.

Por outro lado, na responsabilização judicial, quem terá a competência para ajuizar a ação será o ente público contra quem foi praticado o ato lesivo (União, estados, DF e municípios) ou o Ministério Público. Ademais, o procedimento adotado será o mesmo utilizado no rito da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Apesar da omissão legal, Rafael Oliveira acrescenta que a legitimidade deve ser reconhecida também às entidades da Administração Indireta, tendo em vista a sua autonomia administrativa e o objetivo do legislador em proteger a Administração Pública, sem distinção.<sup>[19]</sup>

As sanções judiciais vêm previstas no artigo 19 da Lei nº 12.846/2013, sendo possível sua cumulação com as penalidades já vistas. São elas: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Deve-se ressaltar que a dissolução da pessoa jurídica deve ser uma medida excepcional, ocorrendo somente quando restar comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A Lei também traz, como efeito secundário da condenação, a reparação integral do dano causado. Essa reparação, conforme consta no artigo 37, §5º, da Constituição Federal, é imprescritível, podendo ser demandada a qualquer tempo pelo Poder Público. Entretanto, conforme acrescenta Ronaldo Pinheiro de Queiroz, a pessoa jurídica pode ser condenada em diversas esferas a ressarcir o dano (CP, art.91; CPP, arts.63,387,IV; Lei 8.429/92, artigos 12, I, II e III; Lei nº 8.443/92, art.19), mas o pagamento da quantia certa, na expressão monetária que alcance a reparação integral, somente ocorrerá uma vez, não podendo o Estado se valer de excesso de execução para viabilizar um enriquecimento sem causa.[\[20\]](#)

Outro ponto importante trazido pela Lei é a possibilidade de o Ministério Público, ao constatar que o ente público está sendo omissivo e que não instaurou o processo para a responsabilização administrativa da pessoa jurídica, requerer a aplicação não apenas das sanções previstas no art. 19, mas também das punições administrativas elencadas no art. 6º.

Por fim, a novel legislação cria, no âmbito do Poder Executivo federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei nº 12.846/2013. Também serão incluídas no CNEP as informações acerca de acordos de leniência celebrados (e seu eventual descumprimento), exceto se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

Depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, os registros das sanções e acordos

de leniência serão excluídos, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

## 6. Conclusão

A Lei nº 12.846/2013 representa um grande avanço legislativo no combate à corrupção e na defesa ética administrativa. Com sua publicação, o Brasil preenche uma lacuna que até então existia em nosso sistema jurídico, além de cumprir compromissos internacionais que exigiam uma legislação dessa magnitude.

A Lei Anticorrupção surge com o objetivo de colocar na zona de responsabilização as empresas corruptas, que, até sua edição, gozavam da liberdade de poderem praticar atos de corrupção e não serem responsabilizadas e punidas por isso. Portanto, surge com a pretensão de corrigir uma omissão ilógica e irracional de proteção ao corruptor.

Trata-se de um diploma moderno, que reconhece as dificuldades em se descobrir e punir os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas e, por isso, prevê mecanismos compatíveis e eficientes que se amoldam a essas dificuldades.

Assim, a Lei adota a responsabilidade objetiva pelos atos de corrupção causados por pessoas jurídicas e traz ferramentas compatíveis com o seu “*modus operandi*”, como o Acordo de Leniência e o Cadastro Nacional de Pessoas Punidas.

Enfim, enxergamos a Lei nº 12.846/2013 como um marco no combate à corrupção. Não só por preencher um vazio que existia em nosso ordenamento jurídico, mas também por trazer instrumentos importantes que são capazes de alterar radicalmente o comportamento e a visão que a iniciativa privada possuía da corrupção. Assim, a Lei Anticorrupção consegue provocar algo inédito em nossa sociedade, que vai muito além da responsabilização das pessoas jurídicas infratoras: ela promove a união do setor público e do setor privado em torno de um mesmo objetivo- por fim à corrupção.

## Bibliografia

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 714/715.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.

PFÄFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

Notas:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 993.

[2] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 266

[3] Conforme se vê no julgado: STJ. REsp 1.122.177/MT, DJE 27/04/2011



[4] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 714/715.

[5] Nesse sentido, várias são as dificuldades em se comprovar o elemento subjetivo da pessoa jurídica, isso porque ela é desprovida de sentimentos e assim não poderia externar os elementos caracterizadores do dolo tradicional, entendido como a vontade e consciência. Nesse sentido, passa a ser necessário averiguar o elemento subjetivo da pessoa física que agiu em nome da empresa.

[6] Conforme consta no art. 3º, §1º da Lei 12.846/2013: A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

[7] Nesse sentido prevê o artigo 30 da lei 12.846/2013: “A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da [Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992](#); II - atos ilícitos alcançados pela [Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela [Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011](#)”.

[8] Art. 14. [...] §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[9] Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

[10] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[11] FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg. 78

[12] Vale dizer que não é necessário a demonstração de nenhum vínculo formal entre o agente e a pessoa jurídica, sendo suficiente a demonstração de um vínculo real.

[13] Entende-se por Direito Administrativo Sancionador o ramo do Direito Público que, por meio de sanções administrativas, exerce o *ius puniendi* estatal.

[14] Muitos juristas entendem (entre eles Pierangelli, Zafaroni, René Ariel Dotti, Luiz Regis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, LFG, entre outros) baseados na Teoria da Ficção Jurídica de Savigny, que não seria possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por serem desprovidas de consciência, vontade e finalidade (*societas delinquere non potest*). Meio Ambiente. Lei 9.605, 12.02.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). Legislação Criminal Especial. São Paulo: RT, 2009, p. 691.

[15] PRADO, Franciso de Octavio Almeida. Improbidade Administrativa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

[16] FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.74/75

[17] PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.889

[18] Isso não quer dizer que não haja conflitos entre elas, entretanto, nesse casos, deverá o aplicador do direito, sempre que possível, compatibilizá-las.

[19] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Método, 2014. Página 246

[20] SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.329

## ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

**LAYZA ELIZA MENDES  
MONTENEGRO:** Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Bacharela em Direito. Advogada (OAB/PB).

**RESUMO:** Ante a rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se a necessidade da realização de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, destacando-se a atividade do Supremo Tribunal Federal de decidir sobre a conformidade das normas, já que considerado o intérprete máximo da Constituição. Nesse viés, a partir do novo entendimento da Suprema Corte, analisar-se-á a teoria da abstrativização do controle difuso, que permite a concessão de efeitos *erga omnes* e vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade de forma incidental, assim como ocorre no controle concentrado. Isso enseja a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, ao se concluir pela desnecessidade da atuação do Senado Federal para suspender a lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O controle difuso de constitucionalidade; 2.1. O papel do Senado Federal; 3. A teoria da abstrativização do controle difuso; 4. O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da abstrativização; 5. A mutação constitucional e a legitimidade democrática do STF; 6. Conclusão.

---

### 1. Introdução

O presente artigo pretende esclarecer os efeitos produzidos nas decisões objeto de controle de constitucionalidade, abordando o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal que permitiu dar à decisão no controle difuso de constitucionalidade os mesmos efeitos produzidos no âmbito concentrado. Aceitou-se, assim, a teoria da abstrativização, o que se coaduna com uma tendência reproduzida desde a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e confirmada no Código de Processo Civil de

2015 de dar relevância aos precedentes judiciais, produzindo-se uma jurisprudência coerente e uniforme.

Nesse sentido, ao atribuir efeitos gerais e vinculante para uma matéria discutida de forma incidental em um processo, sem ser o objeto principal da demanda, discute-se a necessidade de haver a suspensão por parte do Senado Federal do ato normativo que fora declarado inconstitucional pelo STF, ante a mutação constitucional dada pela Corte ao artigo 52, X, da CRFB/88.

Diante desse quadro, surgem discussões quanto à legitimidade da atuação da Suprema Corte e à perspectiva da separação de poderes, de modo a se averiguar até que ponto seria possível a atuação do Judiciário na interpretação constitucional. Por outro lado, pergunta-se se seria salutar ao ordenamento e ao sistema jurisdicional aguardar a chancela senatorial de uma norma inválida e nula declarada pelo intérprete máximo da Constituição Federal.

## **2. O controle difuso de constitucionalidade**

A Constituição determina toda a ordem estatal e a essência de dada comunidade, “ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”<sup>[1]</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 serve de fundamento de validade para as demais normas do ordenamento jurídico, assim sendo, verifica-se a incidência do princípio da supremacia da constituição. Como corolário dessa supremacia, as leis e os atos normativos devem apresentar compatibilidade em face das normas constitucionais.

A supremacia constitucional se impõe por meio de dois institutos jurídicos importantes: a rigidez da Constituição, que demanda para alteração dos preceitos constitucionais um procedimento mais difícil do que aquele exigido para elaboração da legislação infraconstitucional; e o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que permite a invalidação

daqueles que contrariem a Constituição. Mas ela depende ainda de outro elemento, de natureza sociológica, que os textos normativos não têm como impor: a existência de uma cultura constitucional, caracterizada pela generalizada adesão do povo à Constituição estatal, que ocorre quando este a toma como algo que é seu, e pelo qual vale a pena lutar.<sup>[2]</sup>

É nessa conjuntura que se destaca o controle de constitucionalidade, pois “nenhuma vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”<sup>[3]</sup>, tendo em vista que “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória”<sup>[4]</sup>.

No constitucionalismo contemporâneo, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis ganhou relevância como importante instrumento de efetivação de direitos fundamentais e de proteção das minorias.

Na via judicial, quanto ao critério subjetivo ou orgânico, o controle pode ser concentrado, quando exercido por um órgão determinado, ou difuso, quando realizado por qualquer juiz ou tribunal. Quanto ao critério formal, o controle pode se dar pela via incidental (de exceção) ou pela via principal (em abstrato). Como regra, o controle concentrado é abstrato e o difuso é incidental. Excepcionalmente, é possível haver controle concentrado em um único órgão, mas incidental, em que a questão constitucional é prejudicial ao caso a ser resolvido.

O controle é exercido em abstrato com a propositura das ações constitucionais (ADI, ADC, ADPF), sendo a questão constitucional o seu objeto principal e autônomo a qualquer demanda que exija resolução de um caso concreto, consoante o modelo austríaco de controle. Ou seja, a questão a ser julgada é o próprio vício de validade da lei, não havendo partes que busquem a concretização dos seus efeitos.

Na Constituição de 1988, o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, realizado pelo STF, ganhou grande relevância quando

expandiu o rol de legitimados previsto em seu artigo 103 para a propositura das ações de controle constitucional. Nesse sistema, quando a Suprema Corte entende que o ato normativo é inconstitucional este é declarado nulo e retirado do ordenamento jurídico, não devendo, portanto, produzir efeitos.

A decisão proferida nas ações constitucionais goza de efeitos *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*, conforme previsão expressa no art. 102, §2º, da CRFB/99, ou seja, é aplicável a todos, devendo ser respeitada pelos demais órgãos e poderes, com exceção do Poder Legislativo na sua função típica, e tem aplicação retroativa, de modo que não há convalidação dos atos produzidos pelo ato inconstitucional, haja vista a prevalência da teoria da nulidade. No entanto, cumpre observar a possibilidade de haver a modulação de efeitos, quando a situação fática está consolidada e, portanto, por ser menos prejudicial, a Corte, pelo quórum qualificado de dois terços dos seus membros, mantém os efeitos do ato normativo por determinado período.

Por outro lado, tem-se o controle difuso de constitucionalidade; de origem norte-americana, desenvolvido pelo Juiz John Marshall, ante o célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803; realizado incidentalmente, de modo que a questão constitucional é a causa de pedir da ação, e não o seu pedido principal. Nessa via, “qualquer juiz ou Tribunal pode, no direito brasileiro, recusar a aplicação de uma lei, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional”<sup>[5]</sup>.

Essa decisão possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*, logo, abrange apenas as partes envolvidas na relação processual e também tem aplicação retroativa, como regra. Assim, ainda que a decisão seja proferida pelo STF, em sede de recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade ficaria restrita às partes litigantes, de modo que a lei continuaria a produzir efeitos em relação a outras pessoas.

Nada obstante, tais efeitos adotados como regra no controle jurisdicional difuso podem ser alterados por meio da edição de Resolução pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal, que preceitua o seguinte:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

É precisamente quanto à aplicabilidade desse texto, e a sua eventual modificação de sentido – via mutação constitucional – em decorrência das modificações de interpretação quanto aos efeitos ordinários do controle jurisdicional difuso que serão desenvolvidos os próximos tópicos do presente trabalho.

### **2.1. O Papel do Senado Federal**

Como visto, o controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, logo, o Supremo Tribunal Federal também pode analisar a questão constitucional de forma incidental.

Nesse caso, os efeitos da decisão proferida continua sendo *inter partes*, competindo privativamente ao Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, consoante dispõe o artigo 52, X, da CRFB/88, para conferir efeito *erga omnes* a essa decisão. Tratando dessa chancela senatorial:

Visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões – que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito – entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle.<sup>[6]</sup>

O Senado, que não está subordinado à Corte Constitucional, entendendo conveniente, poderá suspender os efeitos da lei nos termos em que declarado inconstitucional pelo STF, de modo a estender os efeitos

da decisão proferida para as demais pessoas que se encontram em situação semelhante a partir do momento da edição da resolução (efeitos *erga omnes* e *ex nunc*).

Observa-se que o dispositivo em comento não autoriza ao Senado a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, competindo-lhe apenas a faculdade de estender os efeitos de declaração já prolatada pelo Pretório Excelso anteriormente.

### **3. A teoria da abstrativização do controle difuso**

A teoria da abstrativização do controle difuso permite que a decisão constitucional proferida de forma incidental seja dotada de efeitos gerais e vinculante, considerando a nulidade inerente à lei inconstitucional e que, portanto, merece interpretação extensiva e uniforme para todos.

Nesse sentido, considerando a força normativa da Constituição, entende-se que a decisão proferida pelo STF, seu intérprete máximo, goza de relevância suficiente para ser observada nas demais decisões judiciais.

Nesse contexto, o artigo 52, X, da CRFB/88, passa por mutação constitucional, fenômeno que permite a alteração interpretativa de dispositivo constitucional, em virtude de modificações fáticas, sem que ocorra, no entanto, qualquer transformação formal (em seu texto). Assim, consoante nova interpretação, o referido artigo daria apenas publicidade à decisão, uma vez que os efeitos da lei inconstitucional já haveriam sido suspensos com a decisão da Suprema Corte de forma geral.

Ante a ausência de previsão de prazo, há uma frequente mora na chancela senatorial. A teoria da abstrativização, a partir do constitucionalismo moderno, pretende dar efetividade imediata às normas constitucionais. Consoante Hans Kelsen:

(...) se quisermos que a Constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular”<sup>[7]</sup>.



Assim, a intenção é eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica de forma definitiva, sem restar dúvidas ou tratamentos diferenciados. Com isso, busca-se impossibilitar a existência de leis e atos normativos constitucionais para uns e inconstitucionais para outros.

Por tais razões e considerando que o Supremo Tribunal Federal já é competente para realizar controle de constitucionalidade com eficácia geral e vinculante, não haveria motivo para negar o mesmo efeito à decisão proferida em controle incidental.

#### **4. O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da abstrativização**

A teoria da abstrativização dos efeitos da decisão no controle difuso não era aceita de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não acolhia a tese de mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/88, bem como, entendia que, para dar efeitos *erga omnes* as suas decisões, deveria se utilizar do instituto da súmula vinculante.

Ocorre que, nas ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29 de novembro de 2017 (Informativo 886), o STF passou a adotar a teoria da abstrativização. Assim, quando o Supremo profere decisão em controle difuso declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, esta terá os mesmos efeitos da decisão em controle abstrato, que também serão *erga omnes* e vinculante.

Desse modo, foi reconhecida pela Corte a mutação constitucional sofrida pelo art. 52, X, da CRFB/88, de modo que o preceito legal tido como inválido é imediatamente suprimido da ordem jurídica, independentemente de qualquer ato do Senado, conformando-se aos princípios da economia processual e da segurança jurídica.

Em sentido diverso, para Pedro Lenza, “a mudança pretendida em relação ao art. 52, X, que, aliás, parece ser uma tendência, necessariamente, depende de reforma constitucional”<sup>[8]</sup>. Assim também preleciona Daniel Sarmento:

Não discordamos da afirmação de que a competência em questão, atribuída ao Senado, é um anacronismo, que não mais se justifica no cenário do atual sistema de jurisdição constitucional do país. Contudo, não nos parece possível o reconhecimento da suposta mutação constitucional, porque ela atenta contra o texto claro da Constituição, já que a suspensão da eficácia de um ato normativo é providência absolutamente da atribuição de publicidade a uma decisão judicial. (...) <sup>91</sup>.

No entanto, a produção de efeitos gerais na decisão incidental foi acolhida pelo Supremo ao reconhecer expressamente essa mutação constitucional. Para reforçar esse entendimento, destaca-se o §5º do art. 535 do CPC/15:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

A teoria da abstrativização se sedimenta ante a necessidade de se buscar e estabelecer uma jurisprudência coerente e uniforme e que sejam

assegurados meios que garantam a celeridade processual, além de se concretizar o princípio da isonomia aos jurisdicionados.

## **5. A mutação constitucional e a legitimidade democrática do STF**

A mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração da Constituição sem que ocorra expressa modificação do seu texto, tendo em vista que não há revisão ou emenda constitucional. Há alteração do sentido interpretativo, mas o texto continua o mesmo, trata-se de um poder de fato, também conhecido como poder constituinte difuso.

É uma reinterpretação que se dá ante o dinamismo da vida político-social com mudanças significativas nos valores sociais, para dar longevidade e adequação prática à Lei Maior.

A constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em determinado momento histórico; e – repito sem cessar –, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada. <sup>[10]</sup>

Essa intervenção judicial interpretativa na análise do critério de aplicação e adaptação da norma constitucional se vê necessária ante omissões legislativas e administrativas, ao tempo em que se questiona a sua legitimidade democrática de alterar a Constituição.

A cultura do guardião não é prejudicial apenas porque rejeita a participação genuína do legislador na formulação do significado constitucional, mas também porque lhe confere uma isenção de responsabilidade. Numa posição cômoda, não precisa preocupar-se

com a constitucionalidade de seus próprios atos. Não se lhe demanda uma prestação de contas argumentativas. <sup>[11]</sup>

Nessa conjuntura, verifica-se uma mudança na sistemática de controle de constitucionalidade prevista pelo poder constituinte originário, uma vez que não há alteração formal da Constituição pelos legitimados do art. 60 da CRFB/88, mas por interferência do Judiciário, de modo a se duvidar se se trata de efetiva interpretação ou de modificação de texto por órgão sem legitimidade, o que poderia revelar um déficit democrático dessa atuação judicial. No entanto, observa-se que:

Opor-se a certas justificativas da revisão judicial não significa abdicar do debate substantivo. Em outras palavras, atacar seu lastro teórico convencional não implica curvar-se a qualquer decisão majoritária, ou a ser obrigado a permanecer em silêncio quanto à justiça das decisões legislativas. <sup>[12]</sup>

Nesse contexto de mutação constitucional, há uma clara atuação centralizada da Suprema Corte, sob o argumento da celeridade processual e da eficácia das decisões. Ante a inação legislativa surge a necessidade de inovação por parte do Judiciário e daí deve se ter cautela para que nenhum dos poderes se configure em um poder constituinte permanente e queira recriar a Constituição de acordo com suas preferências.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. <sup>[13]</sup>

No entanto, considerando que, na via de controle concreto, qualquer do povo pode provocar a jurisdição estatal, visando ao controle

constitucional das normas, faz-se mister a observância da Lei Maior, ainda mais quando para preservação dos direitos e garantias fundamentais, o que exige, muitas vezes, uma aplicação unitária e geral, além de célere ante as injustiças geradas e a multiplicidade de casos semelhantes que geram a morosidade jurisdicional.

A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou criativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional. <sup>[14]</sup>

É importante ressaltar que, no processo em que se discute questão constitucional, mais do que uma relação jurídica entre partes, há um complexo de normas envolvidas que concretizam um Estado Democrático de Direito. Assim, deve-se reconhecer a relevância da atividade do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia.

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional. <sup>[15]</sup>

Assim, a tarefa mais difícil é tentar buscar o equilíbrio entre a interpretação final dada pela Suprema Corte quando diz o significado da constituição e todo o processo político no qual se insere a elaboração da norma, a partir de um diálogo institucional.

## 6. Conclusão

Verifica-se, desde a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, conhecida como reforma do Judiciário, a intenção em se conferir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de produção de precedentes vinculantes, conforme previsto no art. 103-A, da CRFB/88, quando permitiu a edição de súmulas vinculantes.

Além disso, surgiu a necessidade de se demonstrar a repercussão geral nos recursos extraordinários (art. 102, §3º, CRFB/88), também inserida pela referida emenda constitucional.

Nesse viés, e com os institutos de precedentes obrigatórios trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015; como os recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas, incidentes de assunção de competência; vê-se a necessidade de um Judiciário que decida de forma uniforme para todos e que busque a concretização do direito fundamental de uma duração razoável do processo, consoante inciso LXXVIII, do art. 5º, da CRFB/88, inserido pela EC n. 45/2004.

Nesse contexto, ganha relevância o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando declara determinada lei inconstitucional, em detrimento da necessidade de se esperar o pronunciamento de suspensão por parte do Senado sobre a matéria já decidida.

Assim, a atuação do Poder Judiciário deve se coadunar com as mudanças valorativas ocorridas, de modo a interpretar e adaptar a Constituição de acordo com o meio sociocultural, já que naturalmente há uma forte influência das questões fáticas na norma a ser extraída, como verificado na interpretação dada ao artigo 226 da CRFB que permitiu a união de pessoas do mesmo sexo.

O que não pode é o Judiciário agir diante de um vazio racional e com pretensões individualistas, de modo a configurar um poder constituinte permanente sem observar as próprias normas constitucionais limitadoras de sua atuação.

## 7. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Notas:

[1] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 130.

[2] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 26.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

[4] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 179.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 01.

[6] JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 165.

[7] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 170.

[8] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 332.

[9] SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 357.

[10] GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

[11] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e delibação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

[12] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e delibação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

[13] SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 35.

[14] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e delibação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

[15] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 119.



## A NOVA ORDEM ECONÔMICA E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

**JÚLIA GOMES DE AZEVEDO:** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e pós-graduada em Advocacia Tributária pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM).

**RESUMO:** Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a intervenção do Estado na economia se apresenta de duas formas – direta e indireta. A primeira pode se dar por monopólio estatal, por participação das empresas estatais ou por gestão privada, enquanto a intervenção indireta está pautada no poder regulatório e fiscalizatório do Estado. Com relação a esta última, há de se destacar o papel das agências reguladoras, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, mas que possuem características que as diferenciam das autarquias comuns. Com alto grau de especialização técnica e autonomia perante o Poder Executivo, as agências reguladoras hoje assumem a responsabilidade de propiciar à coletividade a prestação de um serviço público adequado e eficiente e, ainda, buscar a efetivação da livre concorrência, dentre outras atribuições.

**Palavras - Chave:** Intervenção; Agências Reguladoras; Técnica; Autonomia.

**SUMÁRIO:** RESUMO. INTRODUÇÃO. DESENVOLVIMENTO. 2.1 Intervenção do Estado na economia. 2.2 Desestatização no Brasil. 2.3 Agências reguladoras. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou no Brasil uma nova ordem econômica, pautada na visão de que a atuação direta do Estado como agente econômico configura uma exceção. A disciplina normativa desse posicionamento, considerado pela doutrina predominante como neoliberal, encontra-se no art. 173 da Carta Magna. Em decorrência dessa

nova ordem econômica, a década de 90 foi marcada por uma série de mudanças estruturais a fim de garantir a concretização do conteúdo axiológico da norma mencionada.

Nesse contexto, surgiu o Plano Nacional de Desestatização, por meio da Lei 9491/97, a qual autorizou a transferência da prestação de determinados serviços públicos ao setor privado. Embora à primeira vista pareça coerente imaginar que esses serviços tenham deixado de ser públicos, por não serem mais prestados diretamente pelo Poder Público, esse entendimento não procede. Isso porque os entes privados passaram a prestar esses serviços sob a constante fiscalização do Estado, cujo principal instrumento é a chamada agência reguladora.

Uma vez pontuada a importância das agências reguladoras, é relevante um estudo aprofundado do tema, minudenciando seus aspectos substanciais. Através desse artigo, busca-se analisar as características fundamentais das agências reguladoras e suas repercussões dentro da ordem econômica, e, a partir disso, delinear um panorama da conjuntura econômica brasileira na atualidade.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Intervenção do estado na economia**

A intervenção do Estado na economia, que sempre existiu, ainda que de forma mais suave em algumas épocas, nos dias de hoje se apresenta de duas formas – direta e indireta.

A intervenção direta na atividade econômica, bastante vultosa à época do Estado do Bem Estar Social, é uma medida excepcional no atual chamado Estado Democrático de Direito, e encontra-se consagrada no art. 173 da Constituição Federal<sup>[1]</sup>. Vale ressaltar que esse dispositivo trata da atividade econômica em sentido estrito, tendo em mente que a atividade econômica em sentido amplo se subdivide em atividade econômica em sentido estrito e serviço público.

Assim sendo, só será permitida a atuação do Estado como agente econômico quando for necessária aos imperativos da segurança nacional

ou à relevante interesse coletivo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Ana Carolina Pinto Caram Guimarães, sustenta que esses pressupostos são conceitos jurídicos indeterminados que deixam uma ampla margem de discricionariedade ao legislador<sup>[2]</sup>, sendo possível, portanto, de certa forma burlar essa subsidiariedade.

Adentrando na esfera da intervenção direta, é possível vislumbrar três espécies: a intervenção direta por absorção (ou monopolística), a intervenção direta concorrencial (por competição ou por participação) e a intervenção direta por gestão privada.

A intervenção direta por absorção está prevista no art. 177 da Constituição Federal<sup>[3]</sup> e representa uma opção política pela concentração de determinados segmentos econômicos nas mãos da União. A doutrina majoritária entende que a criação de novas modalidades de monopólios estatais só pode ocorrer por meio de emenda constitucional<sup>[4]</sup>.

Já a intervenção direta por concorrência está relacionada à criação de empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), as quais atuarão no mercado em condições iguais às empresas privadas, a fim de preservar a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios da atividade econômica<sup>[5]</sup>.

Por fim, a intervenção direta por gestão privada ocorre nos casos em que o Estado assume a direção de uma empresa privada em prol de interesse social relevante<sup>[6]</sup>. É o que acontece, a título de exemplo, na intervenção extrajudicial do Banco Central nas instituições financeiras.

Por outro lado, a intervenção indireta na atividade econômica<sup>[7]</sup> foi consagrada pelo art. 174 da Constituição Federal<sup>[8]</sup> e consiste na atuação do Estado normatizando, fiscalizando, regulando, incentivando e reprimindo determinadas condutas dos agentes econômicos.

Nas palavras de Fernanda Cury de Faria e Marcia Weber Lotto Ribeiro,

Fiscalizar significa supervisionar, verificar a adequação do comportamento das empresas

privadas com relação aos ditames normativos, notadamente aqueles expressos no § 4º do art. 173 da Constituição Federal. Incentivar tem o sentido de estimular, ajudar, mediante a concessão de benefícios no implemento da atividade privada.<sup>[9]</sup>

Quando se fala nesse tipo de intervenção, é comum a associação única e imediata às agências reguladoras. No entanto, antes mesmo do seu surgimento no mundo jurídico, já existiam entidades competentes para promover regulações específicas, como o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Não obstante, as agências reguladoras são o ponto forte da intervenção indireta na atualidade e para compreender a sua estrutura, deve-se antes perpassar pelo fenômeno da Desestatização.

## **2.2 Desestatização no Brasil**

Com o advento da ordem econômica explanada no tópico antecedente, surgiu a necessidade de o Estado se organizar segundo ditames ali estabelecidos. Foi por isso que, na década de 90, foi colocado em prática o Programa Nacional de Desestatização<sup>[10]</sup>, instituído pela Lei nº 8031/90, posteriormente alterada pela Lei 9491/97. Por meio desse plano, houve a transferência (total ou parcial) da prestação de determinados serviços e atividades ao setor privado.

A Desestatização, embora muitas vezes assuma a forma de privatização, com ela não se confunde, tendo em vista que esta é apenas uma das suas formas de expressão. Assim, a Desestatização é um gênero do qual decorrem as seguintes espécies: privatização, permissão e concessão de serviço público, terceirização, alienação de bens móveis e imóveis, publicização e criação de entidades de apoio e demais entidades do 3º setor.

Dos instrumentos mencionados, é importante destacar a privatização, cujos objetivos primordiais são elencados a seguir por Carlos Roberto Antunes Torres:

De forma sintética pode-se identificar como objetivos da privatização a redefinição da forma de intervenção do Estado no domínio econômico; a redução do perfil da dívida pública; a ampliação dos investimentos da iniciativa privada com a atração do capital estrangeiro; o fortalecimento do mercado de capitais com a venda de ações de estatais em bolsa e, principalmente, a liberação de recursos do Estado para ser investidos em setores que sua presença seja essencial na busca do bem estar social.<sup>[11]</sup>

Diante desse novo panorama econômico, a criação das agências reguladoras não foi apenas um meio para dar concretude do art. 174 da Constituição Federal, mas sim uma medida extremamente necessária. Isso porque “a transferência da atividade da mão pública para a mão privada não é mera alteração do sujeito agente, mas provoca toda uma modificação no objeto social e na origem patrimonial”<sup>[12]</sup>.

A privatização dos serviços antes prestados diretamente pelo Estado não lhes retira a natureza pública. Portanto, a regulação por meio dessas agências é fundamental para que o foco dos agentes econômicos privados não se volte exclusivamente à faceta lucrativa, de forma que, para resguardar o interesse público, a execução das atividades transferidas deve estar sob constante fiscalização do Estado.

### **2.3 Agências reguladoras**

A figura da agência reguladora teve origem na tese da ineficiência do Estado para o exercício de atividades econômicas em sentido amplo<sup>[13]</sup>, além de não possuir recursos suficientes para prover a gama de investimentos necessários<sup>[14]</sup>. Acerca da finalidade de criação das agências reguladoras, Lafayette Josué Peter leciona:

As agências reguladoras foram criadas para fazer frente à necessidade de regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos que foram transferidos para o setor privado. O objetivo foi o de

dar condições de promover, com eficiência, esta regulamentação, fiscalização e controle, tarefa de difícil execução na prática, por parte da Administração Direta[15].

Embora não exista um conceito de agência reguladora definido em lei, tendo em vista a ausência de lei geral sobre a matéria, alguns doutrinadores se propuseram a reunir as características em comum das agências reguladoras existentes no ordenamento jurídico brasileiro para formular uma definição. Assim, é possível afirmar que as agências reguladoras são autarquias sob regime especial com função regulatória. Pelo fato de serem autarquias, é incontestável a personalidade jurídica de Direito Público e a necessidade de criação por meio de lei específica, conforme se depreende das palavras de Gustavo Scatolino e João Trindade:

Autarquia é pessoa jurídica de direito público, criada por lei específica para o desempenho de atividades típicas de Estado, como fiscalização, regulação, assistência social, seguridade social, expressão de poder de polícia, sendo vinculada ao ente estatal a que pertence, sujeita a controle nos termos da lei[16].

Visto esse conceito simplificado das agências reguladoras, importante ressaltar que Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo acrescentam ao que já foi mencionado o elevado grau de especialização técnica que tais entidades possuem, e defendem, ainda, que elas “[...] devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas [...]” [17]. Tais características as distanciam um pouco das autarquias comuns.

Sobre essa especialização técnica, subsiste uma verdadeira delegação para edição de normas técnicas. Em outras palavras, as agências reguladoras são detentoras de poder normativo técnico[18]. Para a concretização de tal poder, é imprescindível que elas sejam autônomas, e conseqüentemente, suas normas não sejam “engessadas” pela ingerência do Executivo. Ademais, ainda que se possa falar em certa discricionariedade na edição dessas normas, a atuação das agências não

pode ser voltada para o benefício de um ou mais agentes econômicos, mas sim a favor da coletividade como um todo.

Essa autonomia não é irrestrita, já que os atos administrativos das agências reguladoras podem ser revistos pelo Poder Judiciário. No entanto, conforme observou acertadamente Lafayette Josué Petter, a elevada discricionariedade técnica das suas decisões “[...] faz com que o controle judicial afira, via de regra, apenas a razoabilidade e a consonância de suas decisões com o devido processo legal [...]” [19]. Com efeito, a apreciação judicial limita-se aos aspectos de legalidade.

Em relação aos mandatos dos dirigentes, também há pontos divergentes entre as autarquias comuns e as agências reguladoras: enquanto nas primeiras os cargos ocupados pelos dirigentes são de livre nomeação e livre exoneração (cargos em comissão), nas entidades reguladoras, a indicação dos dirigentes é feita pelo Poder Executivo, condicionada à aprovação pelo Poder Legislativo, e os mandatos possuem prazos fixos[20].

Exaurido o aspecto conceitual, deve-se passar agora à análise das funções das agências reguladoras, elemento crucial do presente estudo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Gustavo Scatolino e João Trindade, as agências reguladoras podem ser assim classificadas, quanto à função:

- a) as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas previstas em lei; fiscalização, repressão. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei nº 9.782/99, e da Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.961/00.
- b) as que regulam e controlam atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc) ou de concessão de

exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc)[21].

Diante disso, torna-se evidente a amplitude do poder regulador dessas agências, o qual se revela como um poder de natureza híbrida, elencando também as atividades de fiscalização, negociação, normatização, gerenciamento, arbitramento e aplicação de sanções[22]. Essa gama de funções tem sido basilar para a perseguição dos princípios constitucionais da ordem econômica, em especial no que diz respeito à defesa do consumidor e do direito à livre concorrência.

Sobre esse ponto, Carlos Ari Sunfeld, citado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, preleciona:

Se o Estado abdicasse totalmente do poder de interferir na prestação de serviços públicos privatizados e na correspondente estrutura empresarial, correria o risco de assistir, passivamente, ao colapso de setores essenciais para o País, como o setor elétrico e o de telecomunicações. O Estado necessita, ainda, impedir práticas anticoncorrenciais, o que não pode, de forma nenhuma, ser deixado ao encargo da “mão invisível” do mercado. Existe, também, a necessidade de proteção dos interesses dos usuários e de assegurar a universalização dos serviços públicos, possibilitando que eles sejam prestados aos milhões de excluídos existentes no Brasil (...). [23]

Assim sendo, a criação de agências reguladoras como decorrência da intervenção indireta do Estado no domínio econômico, além de estar em acordo com os preceitos constitucionais da Carta Magna, transcende a frieza e o objetivismo das normas técnicas para atingir cada indivíduo, que tem o direito à prestação de um serviço público adequado, cada titular de poder econômico, que encontra restrições ao seu poderio, e, por fim, a coletividade, como um ente uno.

### **3 CONCLUSÃO**



O processo de Desestatização no Brasil, resultado de uma política econômica para distanciar o Estado do domínio econômico, acarretou no fortalecimento da regulação. O poder regulatório da Administração Pública já existia, mas assumiu nova roupagem com o surgimento das agências reguladoras, autarquias sob regime especial criadas por lei específica com o fito de fiscalizar e regular a atividade econômica, dentre outras funções.

Muito embora parte da doutrina faça críticas ao amplo poder normativo delegado a essas agências, é incontestável o valor de suas normas técnicas na consecução dos objetivos primordiais da ordem econômica, dos princípios informadores da Administração Pública, em especial o da Eficiência, e dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 1º da Carta Magna.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: . Acesso em: 27 de maio de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras**. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 7, n. 59, 1 out. 2002](#). Disponível em: . Acesso em: 28 de maio de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. **Intervenção do estado no domínio econômico**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000012, 10/07/2013. Disponível em: . Acesso em: 28/05/2015.

GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. **Formas de legitimação de atuação do estado no domínio econômico.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: . Acesso em 25 de maio de 2015.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico.** 7 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo.** 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

TORRES, Carlos Roberto Antunes. **Agências reguladoras: aspectos jurídicos e doutrinários. Origem e surgimento das agências reguladoras no Brasil.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: . Acesso em: 26 de maio de 2015.

NOTAS:

[1] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[2] GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Formas de legitimação de atuação do estado no domínio econômico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: . Acesso em 25 maio 2015.

[3] Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus

derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

[4] FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. Intervenção do estado no domínio econômico. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000012, 10/07/2013. Disponível em: . Acesso em: 28/05/2015.

[5] GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram, op. cit.

[6] GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram, op. cit.

[7] A expressão “atividade econômica” está sendo utilizada como gênero, do qual decorrem a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos.

[8] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[9] FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto, op. cit.

[10] Embora seja caracterizado como nacional, esse plano tem abrangência apenas federal.

[11] TORRES, Carlos Roberto Antunes. Agências reguladoras: aspectos jurídicos e doutrinários. Origem e surgimento das agências reguladoras no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: . Acesso em maio 2015.

[12] DERANI, Cristiane APUD ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: . Acesso em: 27 de maio de 2005.

[13] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 156.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: . Acesso em: 28 maio 2015.

[15] PETTER, Lafayete Josué. Direito Econômico. 7 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 139.

[16] SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. Manual de Direito Administrativo. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 143.

[17] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 159.

[18] SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João, op. cit., p. 159.

[19] PETTER, Lafayete Josué, op. cit., p. 145.

[20] SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João, op. cit., p. 159.

[21] SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João, op. cit., p. 158.

[22] BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

[23] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 157-158.

## REFLEXÕES SOBRE A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA ORDEM JURÍDICA VIGENTE

**REBECCA BRAZ VIEIRA DE MELO:** Bacharela pela Universidade Federal da Paraíba e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

**RESUMO:** Neste artigo, objetiva-se revisitar a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, ante a recente interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017, no julgamento do Recurso Especial nº 1.247.098/MS. A supressão da referência à separação judicial no artigo 226, § 6º, da Lei Maior fez emergir pertinente discussão acerca da viabilidade das ações de separação judicial. Doutrina e jurisprudência se bipartem sustentando, por um lado, a derrocada do instituto e, de outro, a persistência do mesmo, em razão da não revogação do regramento infraconstitucional disciplinador do pedido de dissolução da sociedade conjugal. Para analisar tal quadro, a pesquisa assume viés explicativo, adotando-se como métodos de abordagem o dedutivo e o dogmático-jurídico, como métodos de procedimento o histórico e o interpretativo e como técnica de pesquisa a bibliográfica e a legal. Espera-se, ao final do presente ensaio, confirmar ou negar a permanência da separação judicial na ordem jurídica vigente.

**Palavras-chave:** Sociedade conjugal. Dissolução. Separação Judicial. Emenda Constitucional nº 66/2010.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO 1 Panorama histórico 2 A emenda constitucional nº 66/2010 3 A construção jurisprudencial pátria  
CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

---

### INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 66/2010, conferindo nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, viabilizou o divórcio direto, não exigindo mais prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano

ou comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos para a sua concessão. Entretanto, a ausência de revogação expressa da legislação ordinária preexistente que disciplina a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal sem a extinção do vínculo matrimonial fez surgir intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da reforma promovida pelo constituinte derivado.

O debate cinge-se à compreensão do significado que deve ser atribuído à supressão da menção à separação judicial no texto da Lei Maior, para que se tenha certeza do que a alteração aqui tratada verdadeiramente representa: se o desaparecimento sem ressalvas do instituto do desfazimento da sociedade conjugal ou a sua transição a objeto de pleito judicial autônomo.

Durante a pesquisa, buscar-se-á traçar o caminho percorrido pela sociedade brasileira, desde o momento em que se vislumbrava o predomínio do dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial até o cenário atual; identificar pormenorizadamente as correntes doutrinárias que se desenvolveram, verificando a nova leitura que deve ser realizada acerca da legislação infraconstitucional, tendo em vista a inovação constitucional empreendida em 2010; bem como examinar a postura adotada pelo Poder Judiciário, em especial, as novas luzes lançadas sobre o tema pela decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017.

Diante da variedade de interpretações realizadas sobre o texto constitucional reformado, torna-se relevante o confronto das ideias relativas à matéria. Nesse diapasão, este ensaio objetiva contribuir para a discussão jurídica, visto que quanto maior o debate sobre a temática abordada, maiores serão as chances de ver se cumprir o papel para o qual foi elaborada a alteração constitucional em comento. Ademais, somente através do cotejo das diferentes soluções apresentadas se mostra possível um melhor aperfeiçoamento do tema.

## 1 Panorama histórico

Os institutos responsáveis pelo desfazimento da sociedade e do vínculo conjugal nem sempre existiram no direito brasileiro. Em virtude da colonização lusitana, o Brasil inicialmente aderiu ao dogma da

indissolubilidade do vínculo matrimonial, desenvolvido na Europa e consolidado durante a Idade Média com o fortalecimento e crescente influência da Igreja Católica sobre os Estados-Nação.

A Lei Maior de 1824, bem como o regramento infraconstitucional, nada dispunham acerca das relações familiares, permanecendo estas intrinsecamente arraigadas à disciplina estabelecida pela Igreja. Conforme salienta Cahali (2000, p. 41):

[...] nos primeiros séculos, a Igreja foi titular quase absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial; os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo. Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva do direito da Igreja, em matéria de casamento.

Por séculos, as regras papais foram tidas como única fonte normativa, tendo sido consagrada a indissolubilidade do vínculo matrimonial, passível de desconstituição apenas com a morte de um dos cônjuges. Nesse sentido, ainda persiste a previsão no Código Canônico em seu Capítulo IX, Artigo 1, Cânone 1141: “O matrimônio rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte” (sic).

O movimento migratório, todavia, trouxe às terras brasileiras novas crenças religiosas e, com estas, novas formas de uniões familiares passaram a exigir a tutela estatal. Neste contexto, editou-se o Decreto nº 1.144, em 11 de setembro de 1861, conforme discorre Monteiro (2004, p. 29):

A imigração, porém, com inevitável introdução de novas crenças, tinha de impor a decretação de outra forma de casamento, mais compatível com as circunstâncias. Foi assim que, a 11 de setembro de 1861, surgiu lei regulando o casamento dos acatólicos, a celebrar-se segundo o rito religioso dos

próprios nubentes. Tratava-se, sem dúvida, do primeiro passo para a emancipação do casamento da tutela eclesiástica.

Em 15 de novembro de 1889, outra etapa se inicia. A República é proclamada no Brasil sob influência do Iluminismo, que atingiu seu apogeu na Europa no século XVIII. Como reflexo do ideal de liberdade religiosa defendido, o Estado brasileiro torna-se laico. Nenhuma crença mais é professada; ao revés, nos termos do artigo 11 da Lei Fundamental de 1981, era “[...] vedado aos Estados, como à União (...). 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”.

Em decorrência desta nova concepção, o casamento religioso é juridicamente desconsiderado. Consoante determina o parágrafo 4º do artigo 72 da Constituição de 1981: “a República só reconhece o casamento civil [...]”. Nessa linha de intelecção, afasta-se o Código Canônico e surge o Código Civil de 1916, cujo Livro I da sua Parte Especial se dedica ao Direito de Família.

Contudo, mesmo consagrada a laicização do Estado, ainda que de maneira indireta persistiu a afluência das máximas católicas no ordenamento brasileiro; corroborando com essas idéias, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 524) relatam que:

[...] percebe-se forte influência dos cânones romanos no sistema normativo brasileiro. Com efeito, se um dos primeiros atos, com a Proclamação da República em 1889, foi a subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, **não há como rejeitar que o nosso primeiro Código Civil**, publicado em 1916 (...) **incorporou concepções do sistema religioso, até então predominante** (grifos nossos).

Nesse diapasão, o *Codex Civilista* de 1916 regulamentou a dissolução da sociedade conjugal, a qual passou a ser admitida, conforme se vislumbra no artigo 315, quando houvesse a morte de um dos cônjuges, a anulação ou a declaração de nulidade do matrimônio ou o desquite. No



que concerne a este último, saliente-se que o vínculo matrimonial permanecia intacto, autorizando-se somente, segundo o artigo 322, a separação dos cônjuges e a revogação do regime matrimonial dos bens.

Consoante a inteligência extraída dos artigos 317 e 318 da Codificação Civil de 1916 o desquite (tímida inovação) apenas possibilitava a propositura da ação fundada em adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos consecutivos ou por mútuo consentimento, quando os cônjuges fossem casados por mais de dois anos e manifestassem essa vontade perante o juiz togado para que fosse homologada.

Como se vê, na vigência do Código Civil de 1916, a indissolubilidade do vínculo conjugal foi mantida, ou seja, não obstante pudessem ostentar o *status* de desquitados, permaneciam os cônjuges impedidos de convolar novas núpcias. Longe de obstar materialmente aos indivíduos a constituição de novas famílias, a ausência de normatização estatal acerca do desfazimento do vínculo conjugal apenas deixava incontáveis reconfigurações familiares à margem do Direito; é o que constatam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 529):

Nessa fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa, que gerava apenas a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal, e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que somente gerava “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e da rejeição social. (grifo do autor).

Inúmeras foram as lutas travadas em busca da chancela estatal para um fato já incontestavelmente corriqueiro e havido em grande número: a irremediável dissolução do vínculo matrimonial. Conforme relata Cahali (2000, p. 42):

Entrementes, ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, fosse de modo

indireto, através do “divórcio disfarçado” representado pelo acréscimo de uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial (art. 219 do CC), consistente na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecera a vida conjugal; fosse por via de emenda constitucional visando a suprimir do art. 163 daquela Constituição as expressões “de vínculo indissolúvel”, adicionadas ao casamento civil. (grifos do autor).

Em 1975, intentou-se, sem resultado, alterar a Lei Fundamental instituindo o divórcio, mas apesar de a votação alcançar a maioria favorável das Casas, não atingiu o *quorum* especial de dois terços, exigido pelo artigo 48 do Texto Maior de 1967, pós-emenda nº 1/69. Em sua narrativa, Cahali (2000, p.42) discorre:

Apresentou-se, então, a EC 5, de 12.03.1975, estabelecendo nova redação ao art. 175, §1º, da Constituição de 1969, de modo a permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços.

Apenas quando a Emenda nº 8/1977 modificou o *quorum*, passando a Constituição a exigir apenas a maioria absoluta dos votos, foi que o cenário tornou-se propício à aprovação e promulgação da Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Carta Maior de 1967, possibilitando o divórcio. Conforme sustentam Farias e Rosenvald (2010, p. 318):

Até essa data somente o desquite colocava fim ao casamento, sem, entretanto, dissolver o vínculo existente entre marido e mulher. Superava-se uma

intensa fase de debates e infundadas preocupações sociais e religiosas, típicas do contexto cultural do individualismo jurídico que impregnou o período oitocentista, admitiu-se a quebra do vínculo matrimonial, quando cessado o próprio afeto.

Com o fito de complementar o conteúdo e dar cumprimento à norma constitucional, editou-se a Lei nº 6.515/1977. A partir daí não se fez mais qualquer referência à terminologia desquite, convertendo-se expressamente as Ações de Desquite em Ações de Separação Judicial. Nos exatos termos do seu artigo 41: “as causas de desquite em curso na data da vigência desta Lei, tanto as que se processam pelo procedimento especial quanto as de procedimento ordinário, passam automaticamente a visar à separação judicial”.

O divórcio foi incluído no rol das formas terminativas da sociedade conjugal previstas em seu artigo 2º e, no parágrafo único do referido dispositivo, estabeleceu-se que o divórcio, bem como a morte de um dos cônjuges, seriam causas de dissolução do casamento. Entretanto, o pedido de dissolução do vínculo conjugal teve seu exercício condicionado à separação judicial. Só poderia pleitear o divórcio aquele que houvesse previamente se separado de seu cônjuge.

A Seção I do Capítulo I da Lei nº 6.515/1977 deu tratamento aos casos e efeitos da separação judicial. Nos artigos 3º e 7º reafirmam-se os efeitos, ao passo em que se determinava a separação judicial como meio eficaz a pôr termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, importando em separação de corpos e partilha de bens.

No que concerne aos casos da dissolução judicial da sociedade conjugal, estes institutos se diferenciavam de acordo com a vontade expressada por um ou ambos os cônjuges. Com efeito, a separação judicial por mútuo consentimento dar-se-ia, nos termos do artigo 4º quando, manifestado perante o juiz, esse consenso fosse por ele homologado e desde que os cônjuges fossem casados há mais de dois anos.

A seu turno, a separação judicial iniciada por apenas um dos cônjuges, prevista no artigo 5º e seus parágrafos, tinha seu pleito admitido em três situações: quando o autor imputasse ao consorte conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e que tornasse insuportável a vida em comum; quando se comprovasse a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição; ou quando o outro estivesse acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após cinco anos, a enfermidade tivesse sido reconhecida como de cura improvável.

Quanto à conversão da separação judicial em divórcio tem-se que, a *priori*, a transmutação deveria respeitar o interregno mínimo de três anos, contados do pronunciamento judicial (cautelar ou definitivo) que concedera a separação. Era o que preceituava a redação original do artigo 25 da lei em comento, *ipsis litteris*:

Artigo 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

A referida normatização também previa interessante hipótese (primitiva previsão de divórcio direto) que visava regularizar a situação de inúmeras famílias previamente constituídas sem a proteção do manto estatal. É o que se extrai da leitura de seu artigo 40, em sua redação original: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”. Ressalte-se que tal disposição encontrava-se, nos termos do seu parágrafo 1º, vinculada à ocorrência de uma das causas elencadas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos, referentes à configuração dos casos justificantes da concessão da separação judicial acima tratados.

Portanto, a dissolução do vínculo matrimonial (entendida como o reconhecimento estatal do fim da união conjugal), ainda que admitida, continuou sendo vista com reservas, pelo que se trilhou um pedregoso caminho entre discussões, ponderações e concessões, com vistas a conciliar a antinomia social surgida entre divorcistas e antidivorcistas.

Da análise das concessões realizadas pelos divorcistas, salta aos olhos a imposição de condicionantes ao direito dos indivíduos de pleitearem o divórcio. Conforme preleciona Dias (2010, p. 288):

[...] forte foi a resistência dos segmentos mais conservadores. (...). Para a aprovação da Lei do Divórcio (L 6.515/77), foi necessário manter o desquite, tendo ocorrido uma singela alteração **terminológica**. O que o Código Civil chamava de **desquite** (ou seja, não “quites”, alguém em débito para com a sociedade) a Lei do Divórcio denominou de **separação**, com idênticas características: põe fim à sociedade conjugal, mas não dissolve o vínculo matrimonial (grifos nossos).

No mesmo ano da Emenda Constitucional nº 9 firmou-se, nos termos da Lei nº 6.515/1977, a dicotomia separação-divórcio, de modo que, para fazer jus à concessão do divórcio, exigia-se das partes que promovessem a separação judicial para, em momento posterior, autorizá-las a convertê-la em divórcio.

Com a elaboração da Lei Fundamental de 1988, manteve-se o binômio supra referido, no entanto os prazos se tornaram mais exíguos. O divórcio, nos termos do parágrafo 6º do artigo 226, permaneceu condicionado à comprovação de prévia separação judicial por mais de um ano ou de anterior separação de fato por mais de dois anos.

A legislação infraconstitucional também acompanhou as mudanças perpetradas pelo novo Texto Fundamental, sendo que duas foram as principais leis responsáveis por cumprir tal intento, a saber: a Lei nº 7.481/1989 e a Lei nº 8.408/1992.

Em 1989, a Lei nº 7.841 alterou e revogou dispositivos da Lei nº 6.515/1977, entre estes, o artigo 40, que passou a versar acerca da separação de fato ocorrida a qualquer tempo, desde que transcorrido o lapso de dois anos consecutivos. Além disso, o seu parágrafo 1º foi revogado, excluindo a limitação da concessão do divórcio, diante da separação de fato, antes circunscrito às causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos.

Em 1992, a Lei nº 8.408 deu nova redação a alguns dispositivos da Lei n. 6.515/1977 e reduziu o lapso temporal do artigo 5º, parágrafo 1º, e do artigo 25 de cinco e três anos, respectivamente, para um ano.

A edição da Lei nº 11.441/2007 trouxe outra grande evolução, acrescentando o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil de 1973, que dispensou a propositura de ação judicial, permitindo o trâmite da separação e do divórcio consensual na via administrativa e sua formalização por meio de escritura pública, desde que enquadrados em específica situação autorizadora dessa simplificação: inexistência de filhos menores ou incapazes; decurso dos prazos constitucionalmente exigidos; concordância na partilha dos bens comuns e demais questões patrimoniais referentes ao fim da sociedade conjugal. Ressalte-se que, não obstante a dispensa da interferência judicial, manteve-se a exigência da presença de advogado.

Comentando acerca da inovação legislativa em referência, Veloso (2010, p.103) registra a extrema importância da Lei n. 11.441/2007, considerando-a verdadeiro marco no Direito brasileiro, notadamente por facultar aos interessados a adoção de procedimento abreviado, simplificado, desburocratizado, fora do âmbito judiciário, onde “o cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar”.

Em arremate deve-se afirmar que, como reflexo de todos os embates travados, em 2010 aprovou-se a Emenda Constitucional n. 66/2010, a qual (consoante sua ementa) deu nova redação ao parágrafo 6º

do artigo 226 da Constituição Federal, dispondo sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio e suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. O referido parágrafo 6º do artigo 226 da Lei Maior passou, simplificada, a dispor: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Todavia, diferentemente do que ocorreu quando da promulgação do Texto Constitucional de 1988, a legislação infraconstitucional não foi expressamente modificada e, assim, muitos questionamentos emergiram acerca do real significado da referida alteração, os quais se buscará explorar no capítulo que segue.

## 2 A emenda constitucional nº 66/2010

Após a promulgação da emenda constitucional nº 66/2010, surgiram duas perspectivas diametralmente opostas acerca da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal: enquanto uns sustentam a revogação tácita da separação judicial e o estabelecimento do divórcio direto como direito potestativo, outros defendem que houve apenas a desconstitucionalização do regramento, persistindo o divórcio e suas condicionantes nos moldes previstos no Código Civil.

Com efeito, aqueles que perfilham a tese da mera desconstitucionalização da matéria argumentam que a ausência de estipulação constitucional não poderia significar a revogação dos requisitos, visto que a previsão genérica do divórcio não teria o condão de vedar a atuação (anterior ou posterior) do legislador ordinário, mormente em razão da temática não se revelar materialmente constitucional. Para estes, o silêncio da Lei Maior acarretaria uma ampliação do campo de atuação do legislador infraconstitucional. Sobre isso, Schäfer (2010) leciona:

[...] o emprego de um conceito geral, como é o caso do divórcio, enunciado na Constituição, permite a atuação do legislador que pode adaptar o instituto a novas conformações sociais, de acordo com a

realidade política e social. Note-se, no entanto, que o legislador já tinha atuado, motivo pelo qual a cláusula de contenção já funcionou antecipadamente e não pode ser ignorada pelos intérpretes. O fato de eliminar requisitos, portanto, não significa a revogação do direito infraconstitucional. (...) **A eliminação de requisitos constitucionais significa liberdade de atuação para o legislador que pode dispor a respeito do término do casamento pelo divórcio, conformando requisitos e procedimentos.** (...) a retirada de parâmetros constitucionais, na matéria de Direito Civil, significa desconstitucionalização, ou seja, ocorre a perda de hierarquia constitucional para que a matéria seja regulada em plano infraconstitucional. Retirar do Texto Constitucional não significa revogação, especialmente quando a matéria está regulada no plano ordinário. (grifo nosso).

Destarte, comungando de igual pensamento, Pires (2010) assevera o caráter declaratório da emenda constitucional nº 66 de 2010, afirmando inexistir qualquer incompatibilidade entre a nova redação dada ao parágrafo 6º do artigo 226 da Lei Fundamental e o Código Civil e que a separação judicial continuaria sendo um instituto válido. Não obstante a relevância da minoração da ingerência estatal sobre a família e da viabilização de uma Justiça mais célere e eficaz, o magistrado “[...] não pode decidir de acordo com o que se mostra mais justo e adequado, segundo critérios meramente axiológicos, mas decidir conforme a norma positivada e, na lacuna da lei, aplicar as fontes subsidiárias desta [...]”.

Em contraposição a esse entendimento, diversos estudiosos justificam o fim da separação judicial, invocando a força normativa da Constituição como responsável pela derrocada da legislação ordinária e salientando que só o próprio Texto Fundamental têm o condão de se limitar, pois quando a norma constitucional não contém nenhuma expressão autorrestritiva, deve-se entender que sua eficácia é plena.



Adotando este raciocínio, Paulo Lôbo (2010; *apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 543) discorre:

[...] As normas constitucionais não são meramente programáticas, como antes se dizia. É consensual, também, que a nova norma constitucional revoga a legislação ordinária anterior que seja com ela incompatível. **A norma constitucional apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita “na forma da lei”.** Ora, o Código Civil de 2002 regulamentava precisamente os requisitos prévios da separação judicial e da separação de fato, que a redação anterior do parágrafo 6, do artigo 226 da Constituição estabelecia. **Desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados**, permanecendo os que disciplinam o divórcio direto e seus efeitos. (grifos nossos).

Apesar de afastar-se da tese do fim da separação judicial, acerca da aplicabilidade da Lei Maior, Silva (2010) esclarece que o silêncio constitucional é eloqüente, pois que ao eliminar os prazos de separação como condição para a dissolução do vínculo conjugal, a Norma Fundamental não facultaria ao legislador ordinário fazê-lo, mas sim baniria essas limitações do ordenamento. Assim, “poder-se-ia falar da força normativa do não escrito. Trata-se de um silêncio afirmativo. A aplicação da norma constitucional deve ser imediata.”

Para aqueles que se inclinam a favor da derrogação dos dispositivos do Código Civil atinentes à separação judicial, a anterior necessidade de aferição de prazos e da culpabilidade de um dos cônjuges constituiria descabida invasão do Poder Público na vida humana, caracterizando séria ofensa à dignidade da pessoa, ao direito fundamental à intimidade e à autonomia da vontade.

A excessiva intervenção do Estado, sujeitando os indivíduos a dois processos judiciais (e ao transcurso de certo lapso temporal entre os mesmos) se afiguraria desmedida. Ademais, se entende que o *strepitus fori* oriundo da análise da culpa pelo fim do matrimônio e da inviabilidade da vida em comum não se coadunava com a intenção do constituinte originário de preservar a unidade familiar. Como declara Dias (2009):

A violação ao direito à privacidade e à intimidade constitui afronta ao princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, cânone maior das garantias individuais. Desse modo, a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que imponha o juiz a pecha de culpado ao réu, é de ser qualificada como inconstitucional. (...) Só é infiel, só abandona, só agride quem não ama. Tudo isso acontece porque o vínculo afetivo acabou. Portanto, a única causa que leva à separação é o fim do amor. Quem ainda ama quer a punição de quem não mais lhe quer, buscando no Judiciário a apenação do outro com a pecha de culpado.

Chaves (2010), compartilhando da mesma crença, evidencia que essa medida tomada pelo constituinte derivado adéqua a Norma Maior aos valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos indivíduos e suas famílias sejam expostas no espaço público dos tribunais, provocando constrangimentos, agravando as crises familiares e dificultando o diálogo entre os cônjuges, sempre necessário na busca por uma melhor solução dos problemas oriundos da dissolução da sociedade conjugal.

Além disso, aceitando-se o fim da separação judicial e das demais limitações à concessão do divórcio, restaria minorada a exigência de atuação dos magistrados, visto que, em não optando ou não se podendo optar pelo procedimento administrativo, os sujeitos proporem apenas uma ação na qual não haveria, em regra, dilação probatória alguma. Nesses termos, com a economia processual decorrente da simplificação da

desvinculação conjugal, não só o Poder Judiciário se tornaria mais célere, como também os custos a serem expendidos pelas partes reduzir-se-iam.

De acordo com Dias, em seu artigo “A nova lei do divórcio e a felicidade”, essa providência amenizará a carga de trabalho submetida ao Poder Judiciário, visto que os processos de separação automaticamente se transformarão em ações de divórcio e, como não se exige mais a identificação de culpados, não haverá produção de provas e inquirição de testemunhas; a dissolução do vínculo matrimonial poderá ser concedida mesmo antes de serem resolvidos os aspectos patrimoniais decorrentes da relação conjugal; as questões secundárias levantadas na demanda se restringirão a eventual obrigação alimentar entre os cônjuges e ao uso do nome, caso algum tenha adotado o sobrenome do outro e, havendo filiação, ali definir-se-á também a forma de convivência e a obrigação alimentar dos pais para com os filhos.

Em síntese, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 545), analisando a figura do divórcio incondicionado, apontam-lhe vantagens sobre a mera separação judicial, a saber:

[...] Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o *streptitusfori* – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos. (grifo do autor).

Diante de todo o exposto, vê-se que a referida corrente doutrinária afirma que a própria natureza jurídica do divórcio teria ganho novo colorido; assim, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 548/550) ensinam que o divórcio tornou-se “[...] um simples *direito potestativo* a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou de qualquer outra circunstância indicativa da falência

da vida em comum.” (grifo do autor). Führer (2010), dissertando sobre os efeitos da reforma constitucional nº 66 de 2010 (apesar de compreender destino diverso a ser dado à separação judicial), no que tange do pedido de dissolução dos laços conjugais, assim escreve:

[...] a edição da Emenda Constitucional 66/2010 (...) criou o **divórcio potestativo**, absolutamente desvinculado de qualquer termo ou condição. (...) O reconhecimento do direito de divórcio potestativo, sem termo ou condição, constitui direito fundamental (...) e tem por espeque o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o texto em exame é intangível, não podendo ser objeto de emenda extintiva. Como não existe a possibilidade de edição de lei infraconstitucional que, de qualquer forma restrinja ou condicione o direito ao divórcio, a espera de legislação reguladora posterior mostra-se improdutiva. De outra banda, verifica-se que a norma em estudo é daquelas que tem aplicabilidade plena, não necessitando de regulamentação. (grifo do autor).

O divórcio potestativo seria, para alguns, o fundamento conclusivo utilizado para arrematar a discussão acerca da revogação da separação judicial. Com efeito, uma vez despojada do seu papel de condicionante do divórcio, parte da doutrina não vislumbra nenhum vestígio de finalidade que justifique a manutenção da separação judicial no ordenamento brasileiro. Consoante Pereira (2010, p. 469):

O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. **Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em**

**divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. (grifo nosso).**

Nesse diapasão, Ravache (2011) preconiza a ausência de uma finalidade prática para a manutenção da separação judicial, mesmo que compreendida de forma opcional, pois a separação de fato atenderia o anseio do casal que precisasse de um tempo para decidir pelo divórcio. Além disso, no que concerne à possibilidade de conciliação permitida na separação judicial, nada impediria que após o desfazimento do anterior vínculo conjugal, o mesmo casal convolasse núpcias uma outra vez. A autonomia da vontade, o respeito às minorias e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (cristalizada no artigo 5º, VI da Constituição Federal), porém, conduzem alguns juristas a pensarem de modo diverso.

Uma vez que se proceda à revista do texto constitucional anterior à reforma, é fácil perceber que não versava propriamente acerca da dissolução da sociedade conjugal. Com efeito, a regulamentação constitucional restringia-se a dispor sobre a forma de dissolução do casamento civil (o divórcio) mencionando-se a separação judicial apenas enquanto seu elemento condicionante, senão, veja-se: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

O Código Civil, por outro lado, em seu artigo 1.571, incisos e parágrafo 1º diferenciou nitidamente o término da sociedade conjugal, que ocorreria pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio; do fim do casamento válido (matéria prevista constitucionalmente), concretizado pela morte de um dos cônjuges ou através do divórcio.

Nestes termos, uma terceira corrente doutrinária apregoa: quando o constituinte derivado expurgou a separação judicial do parágrafo 6º do artigo 226, em verdade não teria revogado o instituto autonomamente considerado, mas apenas sua função limitadora do desfazimento do vínculo conjugal. Com efeito, fundados neste raciocínio estes

doutrinadores reconhecem (ao lado do direito potestativo ao divórcio) a permanência da separação judicial autônoma; para eles, nenhuma incompatibilidade haveria entre as normas contidas no *Codex Civil* e as do novo texto constitucional. Assim, dispõe Silva (2010):

A alteração foi no sentido de suprimir os limites constitucionais referentes a prazos para a obtenção do divórcio. A Constituição jamais regulou a separação judicial. Esta matéria sempre foi tratada em legislação infraconstitucional. **A separação só era referida, na Constituição, em razão da fixação de prazos para a demanda de divórcio. Logo, a supressão desses prazos, por si só, não tem a força de eliminar do sistema a possibilidade da separação judicial.** (grifo nosso).

A atuação do legislador (silenciando o constituinte originário no ponto em que se deveria prever acerca da separação-condição) não seria suficiente para derrogar as disposições infraconstitucionais, visto que a disciplina da dissolução da sociedade conjugal sempre foi matéria alheia à Lei Maior. Outrossim, a alteração constitucional perpetrada não se voltou à sua revogação expressa, impossibilitando, destarte, uma compreensão mais elástica, para além do que preceitua a norma constitucional. É de se refutar, pois, qualquer interpretação baseada exclusivamente na *mens legislatoris*. Em conformidade com Marques (2010):

O constituinte reformador nada disse sobre a dissolução da sociedade conjugal – matéria, aliás, estranha ao texto constitucional desde sempre, pois, como visto, as Constituições limitaram-se a disciplinar a (in) dissolubilidade do casamento. Com isso, não se pode dizer que a supressão dos requisitos do divórcio venha a afetar a coexistência da separação judicial. (...) além de não haver revogação expressa da separação judicial pela citada Emenda Constitucional, não há qualquer incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê aquele

instituto. (...) a interpretação com base na “vontade do legislador” significa ignorar totalmente a ciência do direito e a teoria do ordenamento jurídico, com suas regras interpretativas, negando-se validade ao direito posto em favor de um critério eminentemente subjetivo e sem respaldo no texto normativo. (grifo do autor).

É de ver-se que, desde a sua gênese (em 1977), os institutos do divórcio e da separação judicial encontram-se umbilicalmente relacionados, porém, não obstante a proximidade dos seus regramentos, não se pode ignorar a autonomia aí existente. Nesse diapasão, dizer que o pedido de desfazimento do liame conjugal é incondicionado não é o mesmo que afirmar que a separação judicial fora expurgada do ordenamento pátrio. É como se posiciona Branquinho (2010):

Apesar da justificativa apresentada à PEC do divórcio dizer que é artificial a distinção entre sociedade conjugal e o casamento e, por isso, não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite, entendo que tal objetivo não foi alcançado. (...) a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal apenas eliminou 1) a separação (judicial ou de fato) e 2) o elemento tempo como etapas necessárias para o divórcio, mas não proibiu ou fez extinguir a separação judicial ou extrajudicial. **A atitude do legislador constituinte derivado apenas desvinculou o divórcio da separação, mas ambos os institutos co- existem:** o primeiro como forma incondicionada de extinção do casamento válido (vínculo formal), com ou sem o fim da sociedade conjugal, e o segundo como forma de extinção apenas da sociedade conjugal (união com direitos e obrigações). (grifo nosso).

A duplicidade de processos judiciais, o excessivo transcurso temporal exigido e a imputação de culpas representavam uma ingerência perniciosa do Poder Público exercida no ambiente de maior intimidade do homem – a família, e o constituinte andou bem eliminando tais previsões, mas, a despeito disso, não se mostra consentâneo infirmar a separação judicial. Para Silva (2010):

A imposição da separação como pré-requisito para o divórcio constituía uma intromissão indevida do Estado na esfera da intimidade do casal. Não se deve, porém, partir para o outro extremo, que é o de suprimir a alternativa da simples separação para aqueles que ainda não têm certeza de que pretendem o divórcio.

A defesa da subsistência da separação judicial, pois, não é causa desarrazoada, visto que o seu fundamento de validade reside no direito fundamental à liberdade, definido por Machado Neto (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 167) como:

[...] um *prius* donde há que partir. Originariamente toda conduta é permitida. Todo direito é assim um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes. Daí que o princípio ontológico não seja conversível como o é o juízo analítico “tudo que não é ilícito é lícito” (...). Sobre esse *prius* da liberdade humana, esse contínuo de licitudes, a determinação normativa vai estabelecendo as ilicitudes.

Outrossim, ainda que se mostrem raras as ações interpostas, não se pode negar às minorias a tutela jurídica de seus direitos quando estes não se mostrem incompatíveis com a legislação vigente. Sobre o assunto, Nascimento e Cardozo (2010) argumentam que, em respeito à vontade dos indivíduos, ainda hesitantes quanto ao divórcio mas decididos quanto à desconstituição da sociedade conjugal, deve-se admitir e viabilizar a separação judicial no sistema jurídico pátrio: “nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o Direito, em sua



modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias”. E no intuito de robustecer tal entendimento, discorre Branquinho (2010):

A princípio, não se poderia falar em perda do pressuposto de validade da separação, pois ela não existia apenas como condição necessária para o divórcio, mas como forma de por fim à sociedade conjugal presente no casamento. Assim, ao eliminar apenas o aspecto condicional para o divórcio, a Constituição Federal garantiu às pessoas naturais o direito de optarem apenas pelo fim da sociedade conjugal (mantendo-se o vínculo matrimonial e a possibilidade de reconciliação) ou o rompimento absoluto do casamento. Dizer que a reconciliação é uma desvantagem, seria subestimar a capacidade civil plena das pessoas, ferindo um direito da personalidade quanto à escolha do estado civil na aferição familiar. Considerar que a separação foi extinta seria impor ao cidadão o rompimento absoluto do vínculo matrimonial, cerceando o direito de reconciliação e de manter a situação jurídica de casado, conforme previsto no Código Civil.

A discussão também se desdobra sobre um dos maiores corolários do direito em comento: a liberdade de consciência e de crença (assegurada a todos no artigo 5º, VI da Constituição Federal). O Brasil, enquanto Estado laico, tem entre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se assegure o respeito e a proteção às mais diversas manifestações religiosas. É de se destacar, nesse contexto, o princípio da tolerância, debatido e conceituado em declaração aprovada na Conferência Geral da UNESCO, em sua 28ª reunião (realizada em Paris, aos 16 de novembro de 1995), cujo artigo 1º preceitua:

#### Artigo 1º - Significado da tolerância

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. (...).

1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. (...).

1.3 A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.

1.4 (...) A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor suas opiniões a outrem.

Como se sabe, há religiões que permitem o desfazimento da sociedade conjugal, desde que mantido intacto o vínculo matrimonial. Assim considerar revogada a previsão civilista concernente à separação judicial impossibilitaria o pleito de determinados indivíduos que, sem

almejem profanar suas convicções religiosas, buscam a tutela estatal apenas para pôr termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens. Em consonância com Führer (2010):

[...] não há mais falar em separação como requisito ou pré-condição ao divórcio. (...) Ocorre que a separação judicial sempre teve outra função, além de mera estação de parada e descanso, à caminho do divórcio. Aqueles cujas convicções religiosas não admitiam o rompimento do casamento e aqueles que, por afeição remanescente, respeito aos costumes ou qualquer outro motivo, desejavam preservar o casamento formal sempre preferiram intentar a separação judicial, ao invés do divórcio. (...) a separação judicial (...) passou a ter a função de especialização da liberdade de crença e de exercício e culto e respectivas liturgias (art. 5º, VI, da CF). Para aqueles que não podem se divorciar por razões religiosas, a Constituição Federal também deve acolher remédio apto a garantir a desassociação. Vê-se que, muito mais que simplesmente recepcionada pela Constituição Federal, **a separação judicial adentrou a própria Carta Magna como garantia fundamental ao exercício dos dois mandamentos básicos citados. Trata-se de garantia fundamental chamada decorrente ou implícita, prevista no § 2º do art. 5º da CF, porquanto deflui dos princípios e do regime de liberdades constitucionais.** (grifo nosso).

A supressão dos condicionamentos impostos à concessão de divórcio, destarte, não significaria a derrocada da separação judicial como um todo, mas a consagração do referido instituto, é dizer, sua elevação a novo patamar, qual seja, o de direito potestativo, embasado diretamente no respeito aos direitos fundamentais salvaguardados pela própria Lei Maior de 1988. E desenvolvendo esta idéia, Führer (2010) expõe:

Como se vê, sua força subjacente, oriunda do contexto da mudança constitucional, elevou o instituto da separação judicial a outro patamar jurídico mais elevado, embora, ao que parece, não tenha sido esta a ideia inicial do projetista da emenda. Não foram recepcionadas todas as limitações, formas e penalidades atinentes à separação (arts. 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, p. único do art. 1.576 e 1.578), em função da interpretação lógica em relação ao novo divórcio potestativo: quem pode o mais, pode o menos, pelos mesmos meios.

Por oportuno, importa ressaltar que na V Jornada de Direito Civil, realizada em maio de 2012, foi aprovado o Enunciado nº 514, segundo o qual, a emenda constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

Ademais, robustece tal entendimento o fato de o Código de Processo Civil de 2015 mencionar a separação no Título III, que trata sobre os procedimentos especiais, ao disciplinar as ações de família em seu Capítulo X, do bem como na Seção IV do Capítulo XV, que dispõe sobre os procedimentos de jurisdição voluntária.

### **3 A construção jurisprudencial pátria**

À semelhança do que ocorre em âmbito doutrinário, jurisprudencialmente também é possível se divisar ao menos as três correntes retro esmiuçadas, quais sejam: aquela que sustenta a não-revogação da legislação infraconstitucional; a que reconhece no divórcio direto a natureza de direito potestativo; a que admite, ao lado do divórcio direto, a separação como direito incondicionado. Assim, dependendo do viés hermenêutico adotado, o comportamento do magistrado será completamente diverso. Daí a importância de se compreender as diferentes implicações práticas decorrentes das concepções suprarreferidas.

Em se adotando linha interpretativa baseada no efeito meramente desconstitucionalizador da Emenda n. 66 de 2010, as estipulações

constantes nos artigos 1.571 a 1.582 do Código Civil continuariam regulando a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Desse modo, em conformidade com o que preceitua o parágrafo 2º do artigo 1.580, o divórcio direto só seria permitido numa única hipótese: quando comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Para os demais pedidos de desfazimento do liame conjugal, seriam necessários a prévia dissolução judicial (ou administrativa) da sociedade matrimonial e o transcurso de um ano de sua decretação.

Em voto proferido nos autos da Apelação Cível n. 70039827159, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil (integrante da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), posicionando-se pela desconstituição de sentença que extinguiu o feito por impossibilidade jurídica do pedido de restabelecimento de sociedade conjugal, deslinda a celeuma em torno da modificação perpetrada no Texto Maior classificando a regra do parágrafo 6º do artigo 226 como formalmente constitucional, incluída na Constituição àquela época por questões políticas, ou seja, transposta determinada circunstância histórica, a matéria teria sido desconstitucionalizada sem que fosse revogada a legislação firmada no plano infraconstitucional.

Nesse diapasão, apenas por ocasião da propositura da Ação de Divórcio é que as condicionantes deste pleito deveriam ser demonstradas em juízo e, movida a ação sem a devida instrução com documentos que evidenciem a observância de tais requisitos legais, caberia ao juiz intimar a parte autora para emendar a inicial. A título ilustrativo veja-se a ementa de julgamento da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (datado de 23 de fevereiro de 2011), em sede de Agravo de Instrumento, cuja relatoria coube ao Excelentíssimo Senhor Desembargador André Luiz Planella:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. REQUISITOS LEGAIS NÃO COMPROVADOS. HIPÓTESE DE EMENDA DA INICIAL.** A Emenda Constitucional n.º 66 não revogou a legislação infraconstitucional, mas, tão somente, desconstitucionalizou a matéria, que continua

regulada pelo Código Civil, notadamente em seu art. 1.580 e parágrafos, que estabelece os limites e as condições para o ingresso da ação de divórcio. (AI 70038704821, Rel. Desembargador ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TJRS, julgado em 23/02/2011, DJ 14/03/2011). (grifo nosso).

Entretanto, apenas um mês depois, sob a relatoria do Excelentíssimo Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol, o mesmo órgão fracionário da Corte de Justiça do Rio Grande do Sul seguiu direção contrária, nos autos do Recurso de Agravo n. 70040364887, manifestando-se pela aplicação imediata e plena da emenda, considerando possível a dissolução do casamento através do divórcio sem a observância de prazos de separação pretérita dos cônjuges, e sedimentando este pensar nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA DA INICIAL. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. A Emenda Constitucional n. 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal estabelecendo que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos. Possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio independente de prazo de separação prévia do casal. Agravo de instrumento provido. (AI 70040364887, Rel. JORGE LUÍS DALL'AGNOL, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TJRS, julgado em 23/03/2011, DJ 05/04/2011).

Nessa mesma linha vem se firmando o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consoante demonstra a apreciação das Apelações Cíveis n. 1.0699.08.091780-9/001(1), 1.0105.10.014668-4/001 e 1.0210.09.062455-7/001 (a primeira, submetida ao crivo da Oitava Câmara

Cível e, as outras duas, ao da Terceira Câmara Cível), através das exposições realizadas, respectivamente, pelos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Relatores Vieira de Brito, Silas Vieira e Elias Camilo. Nestes julgados restou explicitada a orientação seguida pelos integrantes dos mencionados órgãos, compreendendo-se devida a aplicabilidade imediata, integral e direta da emenda constitucional, a qual seria dotada de eficácia plena e cujo advento teria transformado o instituto do divórcio em direito potestativo, que não mais necessitaria da comprovação da separação de fato ou de direito do casal.

Por intermédio de sua Quinta Câmara Cível, a corte mineira também analisou interessante caso: o Excelentíssimo Senhor Desembargador Mauro Soares de Freitas relatou tratar-se de recurso apelatório interposto desafiando sentença prolatada nos autos de Ação de Separação Judicial Litigiosa, nos quais sobreveio pedido reconvenicional de divórcio. A decisão do magistrado singular havia decretado a dissolução da sociedade conjugal (objeto da ação principal) e extinguido o pleito formulado na reconvenção sem resolução de mérito, com fulcro, dentre outras razões, no artigo 267, I, V e VI do Código de Processo Civil. Assim é que, diante do novo texto constitucional transformado pela Alteração Constitucional n. 66 de 2010, acordaram os membros da câmara em reformar o *decisum* do juiz *a quo*, nos moldes abaixo transcritos:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PEDIDO DE DIVÓRCIO C/C ALIMENTOS FORMULADOS EM SEDE DE RECONVENÇÃO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO, BASTANDO A SIMPLES INTIMAÇÃO DO AUTOR RECONVINDO (ART. 316 DO CPC). NULIDADE PROCESSUAL AFASTADA. DIVÓRCIO. SUPERVENIÊNCIA DA EC Nº. 66/2010. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO DO LAPSO TEMPORAL DE SEPARAÇÃO FÁTICA DO CASAL OU DE QUALQUER OUTRA CAUSA ESPECÍFICA DE DESCASAMENTO. (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 2) Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66, de

13/07/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da CF/88, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, sendo irrelevante a discussão sobre o lapso temporal de separação de fato das partes ou qualquer outra causa específica de descasamento. (...) diante da alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, e tendo em vista a ausência de litigiosidade quanto ao pedido de divórcio (f. 68), entendo que deve ser julgada procedente a reconvenção neste ponto. Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar parcialmente procedente o pedido reconvenicional, decretando o divórcio das partes. [...]. (AC 1.0145.09.536244-1/001(1), Rel. Desembargador MAURO SOARES DE FREITAS, QUINTA CÂMARA CÍVEL, TJMG, julgado em 27/01/2011, DJ 10/02/2011).

Como se vê, uma vez desconsiderado o requisito da separação prévia do casal, a exordial da Ação de Divórcio (acompanhada da Certidão de Casamento) é suficiente para viabilizar a decretação da dissolução do vínculo conjugal.

Ao lado do divórcio direto, desponta também na jurisprudência o tratamento da separação judicial de índole potestativa. Apesar da nova redação do artigo 226, parágrafo 6º da Lei das Leis não derrogar as disposições infraconstitucionais pertinentes à separação judicial, se inaugura uma nova fase em que a diferenciação da dissolução da sociedade conjugal entre as espécies previstas no artigo 1.572, caput, §§ 1º e 2º do Código Civil (quais sejam, separação-sanção, separação-falência e separação-remédio) carece de coerência lógica, visto que “[...] se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação” (AC 1.0134.08.101605-4/001(01), Rel. Desembargador BITENCOURT MARCONDES, Rel. do Acórdão EDGARD PENNA



AMORIM, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TJMG, julgado em 24/02/2011, DJ 11/05/2011).

Como se vê, para o pleito da separação judicial, similarmente ao que ocorre em relação ao divórcio, não mais importa por quanto tempo cessou a vida em comum ou o cometimento de faltas matrimoniais pelo outro. Os diferentes tipos de separação, cada qual subordinado ao atendimento de certo requisito de índole temporal, subjetiva ou fática, deram lugar a uma única postulação de caráter potestativo, independente da comprovação de qualquer condição.

Neste sentido, posicionou-se a Excelentíssima Senhora Ministra Maria Isabel Gallotti, apreciando, na condição de relatora, o Recurso Especial 1.247.098/MS, interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, ao julgar agravo interno em agravo de instrumento, manteve decisão singular determinando a emenda de ação de separação judicial para que fosse adequado o pedido formulado, ante a suposta extinção da separação judicial com o advento da emenda constitucional nº 66/2010.

Para a referida Ministra, analisando a matéria à luz dos critérios de solução de antinomia propostos por Bobbio, em especial, sob o prisma da especialidade, os institutos do divórcio e da separação não se confundiriam. Cada qual produz efeitos próprios nas esferas privadas e pessoais dos cônjuges. Assim, inexistiria incompatibilidade entre o texto constitucional pós-reforma e o regramento infraconstitucional. Impossível, portanto, se sustentar ter havido revogação tácita da matéria. Uma vez ausente revogação expressa do instituto, mostra-se imperioso reconhecer a viabilidade da ação de separação judicial. Por seu teor didático, extrai-se excerto do citado voto, bem como colaciona-se a sua ementa:

(...) Imperioso concluir, portanto, que não ocorreu a revogação tácita da legislação infraconstitucional que versa sobre a separação, dado que a EC nº 66 não tratou em momento algum sobre a separação, bem como não dispôs sobre matéria com ela incompatível.  
(...)

Percebe-se, assim, que os critérios cronológico e hierárquico são insuficientes para sanar a antinomia aparente suscitada e dirimir da melhor forma a questão, devendo a especialidade orientar a interpretação dos operadores do direito para solução do caso, tendo em vista a mencionada distinção entre os institutos do divórcio e da separação, com suas respectivas repercussões jurídicas nas esferas privadas e pessoais dos cônjuges.

O que foi feito, repise-se, foi a supressão de qualquer requisito referente à separação prévia para requerer o divórcio, e não a supressão do instituto em si. Não há conflito, portanto, entre o disposto na Constituição Federal e o prescrito na legislação infraconstitucional. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.

1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos.

2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.3. Recurso especial provido.

(REsp 1247098/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 16/05/2017)

Em igual sentido decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, cuja ementa segue abaixo.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA.

1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos.

2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio.

3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015).

4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação.

5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado.

6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1431370/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017)

Entretantes, outra relevante indagação emerge: qual seria a atitude mais adequada aos princípios norteadores da nova ordem jurídica a ser tomada pelo magistrado diante de uma demanda em que uma parte pretende a separação e a outra, o divórcio? Com supedâneo na dignidade da pessoa e no direito à liberdade, tendo em vista a identidade entre a causa de pedir remota (substrato fático) e a desvinculação entre os institutos, do qual nasceu o direito fundamental ao desfazimento dos laços matrimoniais, “[...] seria um atentado aos direitos da personalidade impor à pessoa o estado civil de separado se a Lei Maior apenas exige o estado de casado para poder estar divorciado”. (BRANQUINHO, 2010).

Portanto, seguindo-se esta linha de inteligência tem-se que a primazia da autonomia da vontade sobre a excessiva ingerência estatal resultaria na eliminação de todas as condicionantes da dissolução da sociedade conjugal sem, contudo, afastar a viabilidade do seu pedido da ordem jurídica pátria, haja vista a persistência, na Lei Maior, das razões sobre as quais se fundam a Ação de Separação Judicial, bem como por não ter havido a revogação do regramento infraconstitucional que viabiliza a sua promoção.

Nesse diapasão, se propugna que o pedido de desfazimento da sociedade matrimonial deve ser considerado juridicamente possível, desde que um dos cônjuges o requeira e o outro não reconvenha, propondo o divórcio, porque essa proposta se afigura, por hora, a mais viável à consecução dos fins almejados pela Emenda Constitucional n. 66/2010 e por respeito aos princípios estruturantes do Direito de Família.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito da pesquisa consistiu na verificação dos diferentes posicionamentos adotados por estudiosos, legisladores e aplicadores do Direito, com o fito de confirmar ou negar a subsistência do instituto da separação judicial na nova ordem jurídica instaurada com a supressão dos

requisitos exigidos para a concessão do divórcio, decorrente da aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

No cumprimento de tal intento, realizou-se pesquisa explicativa através da qual se buscou fazer um apanhado geral sobre a dissolução da sociedade conjugal, apontando a sua fundamentação jurídica ao longo dos séculos e das Leis Fundamentais elaboradas, até chegar à reforma constitucional perpetrada no Texto Maior de 1988, onde se investigou acerca da revogação, ou não, da legislação ordinária referente ao instituto em testilha, além do comportamento a ser exigido dos operadores do Direito para se efetivar a Norma Fundamental.

Da análise feita sobre a evolução histórica do instituto da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal resultou o entendimento de que os intensos debates travados sempre recaíram na discussão acerca da legitimidade da intervenção estatal na desconstituição dos laços familiares outrora firmados através do matrimônio. Dentro deste contexto, em meio a fortes pressões sócio-jurídicas, despontou a emenda constitucional em testilha.

Por intermédio do exame das exposições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da temática, identificou-se três posturas assumidas diante do novo texto constitucional: uns asseveram que a emenda apenas desconstitucionalizou a matéria, que permanece regida pelo Código Civil; outros afastam todas as condições anteriormente constantes na Norma Maior, afirmando a derrogação tácita da previsão infraconstitucional da matéria; e ainda há quem sustente o surgimento do direito potestativo à separação judicial.

Após a análise de todo o material coletado e diante de todas as reflexões tecidas no decorrer deste ensaio, corroboradas em especial por excertos de julgados recentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017, bem como pelo deslinde de todo o panorama histórico em que a discussão encontra-se inserida, fica evidente a tendência ao reconhecimento da separação judicial como pedido juridicamente viável, erigida a direito potestativo, nos mesmos moldes que o pleito divorcial.

Apesar de a separação judicial ter recebido forte influxo do desvalor atribuído ao anterior desquite, sendo considerada uma continuidade deste e fruto de maciça e indevida intervenção estatal na esfera mais privada do homem, não há como negar que outras razões de índole estritamente privada, como por exemplo, as convicções religiosas, possam vir a fundamentar o seu pedido autônomo.

Nenhuma incongruência existe entre o pleito incondicionado de separação judicial, embasado na tolerância e no respeito ao pluralismo de crenças, que alicerça todo e qualquer Estado Democrático de Direito, e o fim das limitações à decretação do divórcio.

A dignidade da pessoa pressupõe salvaguarda estatal da liberdade de pensamento, crença e de consciência preconizada expressamente na Constituição Federal. Na execução deste mister, não cabe ao Poder Público inviabilizar o uso desse instrumento jurídico, que se destinaria tão somente à extinção dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e do regime de bens do casal quando estes desejassem manter o vínculo matrimonial em obediência a certa determinação filosófico-religiosa ou, ainda, por qualquer outro motivo de índole particular.

O clamor pela interferência estatal mínima no ambiente de maior intimidade humana traduz-se, deveras, na concessão aos jurisdicionados de uma maior liberdade de escolha, valorizando a autonomia da vontade, que acabaria por ser maculada na imposição de apenas uma forma de desconstituição da relação matrimonial.

Portanto, não obstante a relevância dos argumentos aduzidos por cada uma das vertentes interpretativas aqui apresentadas, deve-se reconhecer que as recentes alterações legislativas, notadamente o Código de Processo Civil de 2015, bem como o posicionamento doutrinário prevalecente no âmbito das discussões aventadas na V Jornada de Direito Civil e as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017 sinalizam a consolidação do entendimento pelo qual a separação judicial, com a emenda constitucional nº 66/2010, tornou-se direito potestativo, passível de ser exercido de modo incondicionado pelos interessados.

## REFERÊNCIAS

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada.** Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

BISCAIA, Carlos Antonio. **Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 413/2005.** Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2571, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 18 fev 2018.

CAHALI, Said Yussef. **Divórcio e separação.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHAVES, Marianna. O divórcio e separação no Brasil após a Emenda Constitucional nº 66. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2710, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17947>>. Acesso em: 18 fev 2018.

**Código Canônico.** Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

DIAS, Maria Berenice. Dissolução do casamento. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Da separação e do divórcio. Brasília: **Conteúdo Jurídico**, 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

\_\_\_\_\_. **A nova lei do divórcio e a felicidade.** Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

\_\_\_\_\_. **Separação e divórcio: uma inútil duplicidade.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_767\)3\\_\\_separacao\\_e\\_divorcio\\_uma\\_inutil\\_duplicidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_767)3__separacao_e_divorcio_uma_inutil_duplicidade.pdf)>. Acesso em: 18 fev 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 5. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código civil anotado**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

FERRARI NETO, Luiz Antonio. Apontamentos sobre a EC 66/2010 que autoriza o divórcio independentemente de separação judicial anterior. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2571, 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O divórcio potestativo: a velha família e o novo Direito. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2655, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17578>>. Acesso em: 18 fev 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARMELSTEIN, George. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. *In*: \_\_\_\_\_. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Nemércio Rodrigues. A Emenda Constitucional nº 66 e a separação judicial. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2625, 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 2. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. A emenda do divórcio: singelas reflexões. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2574, 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. *In*: \_\_\_\_\_ . **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2625, 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

PORTO, Delmiro. O novo divórcio brasileiro. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2692, 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

PRETEL, Mariana Pretel e. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2583, 2010. Disponível em: . Acesso em: 16 fev 2018.

RAVACHE, Alex. Divórcio, separação e culpa após a Emenda Constitucional nº 66/2010. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 16, n. 2744, 2011. Disponível em: . Acesso em: 18 fev 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol. 6. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHÄFER, Gilberto. A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2591, 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 fev 2018.

SILVA, Marcos Alves da. A reforma constitucional do divórcio: um silêncio eloquente. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 15, n. 2684, 2010. Disponível em: . Acesso em: 19 fev 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VELOSO, Zeno. Lei nº 11.441, de 04.01.2007 – aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

## O INCISO XI DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM EXAME: UMA ANÁLISE DA CUMULAÇÃO DE SALÁRIOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** O objetivo do presente é analisar a dicção do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, no tocante à possibilidade de cumulação de salários, à luz dos princípios da moralidade e da eficiência.. A metodologia empregada foi o método indutivo, auxiliado de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa. Em decisão histórica, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 602.043 e 612.975, ao Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de cumulação de vencimentos para servidores públicos. O primeiro recurso fazia alusão à aplicabilidade do teto remuneratório previsto no inciso XI do artigo 37 à soma das remunerações advindas da cumulação de dois cargos públicos privativos de médico. Já o segundo refere-se à aplicabilidade do texto remuneratório sobre parcelas de aposentadorias percebidas cumulativamente. Ora, o *decisum* apresentado pela Suprema Corte Constitucional inaugura, no contexto brasileiro, o reconhecimento jurídico da possibilidade de cumulação de vencimentos. O instituto consiste em mecanismos de cumular vencimentos de modo a ultrapassar o teto constitucional remuneratório. De acordo com o relator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, o teto constitucional remuneratório possui nítido aspecto ético, visando impedir a consolidação de “supersalários”, os quais seriam incompatíveis

com o princípio republicano, posto que é indissociável do regime remuneratório dos cargos públicos. A metodologia empregada na construção do presente abaliza-se no método dedutivo, auxiliada de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial como técnicas de pesquisa.

**Palavras-chaves:** Princípio da Moralidade. Princípio da Eficiência. Cumulação de Salários.

**Sumário:** 1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo; 2 O Princípio da Moralidade Administrativa em pauta; 3 O Princípio da Eficiência Administrativa em exame; 4 O inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal em exame: uma análise da cumulação de salários à luz dos princípios da moralidade e da eficiência.

---

## **1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente.

A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea.

Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”<sup>[2]</sup>. O fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”<sup>[3]</sup>. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar<sup>[4]</sup>. Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, “preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”<sup>[5]</sup>. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

Escorando-se no espancado alhures, faz-se mister ter em conta que o princípio jurídico é um enunciado de aspecto lógico, de característico explícito ou implícito, que, em decorrência de sua generalidade, goza de posição proeminente nos amplos segmentos do Direito, e, por tal motivo, de modo implacável, atrela o entendimento e a aplicação das normas jurídicas à sua essência. Com realce, é uma flâmula desfraldada que reclamada a observância das diversas ramificações da Ciência Jurídica, vinculando, comumente, aplicação das normas abstratas, diante de situações concretas, o que permite uma amoldagem das múltiplas normas que constituem o ordenamento aos anseios apresentados pela sociedade.

Gasparini, nesta toada, afirma que “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade” [6].

Nesta senda, é possível analisar a prodigiosa tábua principiológica a partir de três órbitas distintas, a saber: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Os preceitos acampados sob a rubrica princípios onivalentes, também denominados universais, têm como traço peculiar o fato de ser comungado por todos os ramos do saber, como, por exemplo, é o caso da identidade e da razão suficiente. É identificável uma aplicação irrestrita dos cânones às diversificadas área do saber. Já os princípios plurivalentes (ou regionais) são comuns a um determinado grupo de ciências, no qual atuma como agentes de informação, na medida em que permeiam os aportes teórico-doutrinários dos integrantes do grupo, podendo-se citar o princípio da causalidade (incidente nas ciências naturais) e o princípio do *alterum non laedere* (assente tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas).

Os princípios classificados como monovalentes estão atrelados a tão somente uma específica seara do conhecimento, como é o caso dos princípios gerais da Ciência Jurídica, que não possuem aplicação em outras ciências. Com destaque, os corolários em comento são apresentados como axiomas cujo sedimento de edificação encontra estruturado tão somente a um segmento do saber. Aqui, cabe pontuar a importante observação apresentada por Di Pietro que, com bastante ênfase, pondera “há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano” [7]. Ao lado disso, insta destacar, consoante entendimento apresentado por parte da doutrina, que subsiste uma quarta esfera de princípios, os quais são intitulados como “setoriais”. Prima evidenciar, com bastante destaque, que os mandamentos abarcados pela concepção de dogmas setoriais teriam como singular aspecto o fato de informarem os múltiplos setores que integram/constituem uma determinada ciência. Como robusto exemplo desse grupo, é possível citar os princípios que informam apenas o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros.

Tecidas estas ponderações, bem como tendo em conta as peculiaridades que integram a ramificação administrativa da Ciência Jurídica, de bom alvitre se revela ponderar que os “os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas”<sup>[8]</sup>. Assim, na vigente ordem inaugurada pela Carta da República de 1988, revela-se imperiosa a observação dos corolários na construção dos institutos administrativos. Pois, olvidar-se de tal, configura-se verdadeira aberração jurídica, sobremaneira, quando resta configurado o aviltamento e desrespeito ao sucedâneo de baldrames consagrados no texto constitucional e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrios.

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que “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”<sup>[9]</sup>. Nesta toada, ainda, quadra, também, ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas,

as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais<sup>[10]</sup>.

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas<sup>[11]</sup>.

De outra banda, tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. “Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”<sup>[12]</sup>.

## **2 O Princípio da Moralidade Administrativa em pauta**

Ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra



escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, segundo Carvalho Filho,

[...] doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação[13].

Consagrado no texto da Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 37[14], o princípio da moralidade, como vetor de orientação e inspiração da Administração Pública, impõe que

[...] o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto[15].

Neste diapasão, pode-se salientar que o mandamento em exame exige que o agente público oriente a sua conduta nos padrões éticos, cujo fim último se desdobra em lograr a consecução do bem comum, independente da esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que sua atuação esteja fincada. Ao lado disso, cuida destacar que o preceito em comento se apresenta, no cenário contemporâneo, como o bastião de validade de todo ato da Administração Pública.

Nesta esteira, não se trata de um instrumento sistematizador de um conceito atrelado à moral comum; ao reverso, está assentado em uma moral jurídica, compreendida como o conjunto de ordenanças normativas de condutas retiradas da disciplina interior da Administração. Assim, a moralidade administrativa, distintamente da moralidade comum, é constituída por disciplinas de boa administração, a saber: pelo conjunto de

disposições finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também, pelo ideário geral de administração e pela ideia de função administrativa. De acordo com Meirelles,

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública seria ilegítima[16].

Neste passo, o corolário em destaque, como preceito norteador da Administração Pública, expressamente insculpido no texto constitucional e como requisito de validade dos atos administrativos, encontra seu substrato de edificação no sistema de direito, mormente no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Ademais, o aviltamento ao axioma em análise se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal do ato, substancializada na aparência, e a sua manifestação real, consistente na substância, criada e decorrente de impulsos subjetivos essencialmente viciados no que se refere aos motivos, à causa ou à finalidade da atuação administrativa.

Quadra rememorar que a atividade estatal, independente do domínio institucional de sua incidência, está fundamentalmente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos, os quais ressoam a consagração constitucional do preceito da moralidade administrativa, que se qualifica com valor constitucional emoldura de essência ética e içada à condição de axioma fundamental no processo de poder, subordinando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e seus agentes, da autoridade concedida pelo ordenamento normativo. Assim, o postulado em realce norteia a atuação do Poder Público, conferindo, por via de consequência, substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se alicerça a própria ordem positiva do Estado. Desta sorte, é patente que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao estabelecer limitações ao exercício do poder estatal, legítima, de

maneira proeminente, o controle de todos os atos do poder público que ofendam os valores éticos que devam sustentar, imperiosamente, o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles esteja alocados.

Com realce, o preceito da moralidade administrativa apresenta primazia sobre os demais corolários constitucionalmente formulados, porquanto é constituído, em sua essência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Nesta esteira, toda atuação administrativa tem como ponto de partida os influxos decorrentes do cânone em exame e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. “Assim, o que se exige no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa”<sup>[17]</sup>, conforme o magistério de Carmem Lúcia Antunes Rocha. Com o escopo de fortalecer as ponderações estruturadas, cuida trazer à colação a manifestação apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o Recurso Extraordinário Nº 579.951/RN, notadamente no que concerne ao princípio da moralidade, quando, com bastante pertinência, evidencia que:

Essa moralidade não é o elemento do ato administrativo, como ressalta Gordillo, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso<sup>[18]</sup>.

Como bem pontua Ávila<sup>[19]</sup>, o corolário constitucional da moralidade administrativa, em razão de sua essência, “estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”. Alinhando-se a tais ponderações, não se pode olvidar que a partir da realidade inaugurada pela Carta de Outubro de 1988, a observância do baldrame em estudo, especialmente por parte dos agentes que integram a Administração Pública, passou a reunir aspectos e características que figuram como verdadeiros pressupostos de validade dos atos, independentes de estarem arrimados, ou não, em competência discricionária.

Ora, não se pode olvidar que o preceito constitucional em exposição reúne valores de essência ética que sustentam a acepção de moralidade jurídica, notadamente no que se refere à atuação do administrador. Inclusive, há que se destacar que o STF, ao se manifestar em processo que trazia em seu bojo o assunto em comento, em oportunidade pretérita, consolidou o entendimento no qual o baldrame da moralidade administrativa condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais.

Desta sorte, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, a atividade estatal está imperiosamente submetida à observância de parâmetros ético-jurídicos, que são refletidos de modo claro na consagração do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 da Carta de 1988. Nesta esteira, é possível colacionar robusto entendimento jurisprudencial que sustenta as ponderações vertida até o momento, consoante se inferem dos arestos:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade (...). O princípio da moralidade administrativa - Enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - Condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de

parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)

(Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 2.661 MC/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 05.06.2002/ Publicado no DJ em 23.08.2002, p. 70).

**Ementa:** Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado. 4. Recurso provido para determinar a

investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada. (Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma/ RMS nº 26.507-RJ/ Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho/ Julgado em 18.09.2008/ Publicado no DJe em 20.10.2008).

O postulado em destaque tem o condão de conferir substância, ao tempo em que atribui expressão a uma plural tábua de valores éticos, servido, também, como pilar fundante da ordem positiva do Estado. Além do entalhado, patente se revela a necessidade de salientar que tal dogma legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam, ofendam ou inobservem os valores éticos que devem sustentar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. Ao lado disso, ao espancar a respeito do princípio da moralidade administrativa, importante destacar a robusta e singular lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim versa:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos[20].

Concretamente, refletindo os ideários acobertados pelo princípio da moralidade administrativa, precipuamente seus valores ético-jurídicos,

colhe-se julgados que, afetos à realidade que vigora no Estado Brasileiro, vedam os aumentos desmedidos dos cargos comissionados da Administração, principalmente quando estes não respeitam as técnicas de produção e aprovação legislativa.

### **3 O Princípio da Eficiência Administrativa em exame**

Elevado à categoria de princípio constitucional expresso, o mandamento da eficiência foi inserto no texto do artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio da Emenda Constitucional Nº. 19/1998. “Conhecido entre os italianos como 'dever da boa administração', o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento”<sup>[21]</sup>. Pelas linhas inauguradas por este baldrame, a Administração Pública deve desempenhar suas atividades de modo célere e rápido, para, que dessa maneira, possa satisfazer os interesses da coletividade, em uma órbita geral, e dos administrados, em uma esfera particular. Com destaque, o preceito da eficiência desdobra em rapidez, perfeição e rendimento, no que concerne à atuação da atividade administrativa, notadamente em relação aos anseios apresentados pela coletividade.

Ora, o desempenho deve ser rápido e ofertado de maneira a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em sentido amplo. Desta feita, não subsiste qualquer justificativa para a procrastinação, culminando, inclusive, na fixação de verba indenizatória em favor do particular prejudicado pela atuação morosa do Estado. A inércia da atuação da Administração Pública, em materializar as atribuições que se encontram sob sua alçada, quando comprovados os prejuízos decorrentes da morosidade, enseja a indenização em favor do particular. Assim, as atribuições reclamam execução com perfeição, devendo, pois, se utilizar das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução melhor possível, evitando a supérflua repetição e a insatisfação dos administrados. Neste diapasão, a realização cuidadosa das atribuições previne o desperdício de tempo e erário público, tão imprescindíveis na contemporaneidade.

Nesta toada, cuida trazer a lume as ponderações apresentadas por Hely Lopes Meirelles que explicita, de maneira enfática, que “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”<sup>[22]</sup>. É verificável, desta maneira, que o núcleo sensível em torno dos quais os influxos axiomáticos do corolário em destaque orbitam estão alicerçados na busca pela produtividade e economicidade, e, como um efeito decorrente, a progressiva diminuição dos desperdícios de dinheiro público. Para tanto, é crucial que a atividade administrativa, repita-se, em alto e claro som, seja executada com presteza, perfeição e rendimento funcional. Nesta esteira, cuida transcrever o entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à incidência do corolário da eficiência enquanto flâmula norteadora da atuação do Ente Estatal, consoante se inferem dos arestos colacionados:

**Ementa:** Mandado de segurança. Administrativo. Anistia política. Ato omissivo do Ministro de Estado da Defesa. Portaria prevista na Lei 10.559/2002. Ausência de edição. Omissão configurada. Prazo de sessenta dias para conclusão do processo administrativo. (...) 3. Em homenagem ao princípio da eficiência, é forçoso concluir que a autoridade impetrada, no exercício da atividade administrativa, deve manifestar-se acerca dos requerimentos de anistia em tempo razoável, sendo-lhe vedado postergar, indefinidamente, a conclusão do procedimento administrativo, sob pena de caracterização de abuso de poder. 4. A atividade administrativa deve ser pautada, mormente em casos como o presente, de reparação de evidentes injustiças outrora perpetradas pela Administração Pública, pela eficiência, que pressupõe, necessariamente, plena e célere satisfação dos pleitos dos administrados. 5. Levando-se em consideração o teor das informações prestadas em abril de 2007, afirmando que "os autos foram encaminhados para o setor de finalização, onde



aguarda a feitura do Ato Ministerial com o consequente julgamento e divulgação", assim como o fato de que não há notícia nos acerca da ultimação deste ato até a presente data, afigura-se desarrazoada a demora na finalização do processo administrativo do impetrante. 6. Na esteira dos precedentes desta Corte, impõe-se a concessão da segurança para determinar que a autoridade coatora profira, no prazo de 60 (sessenta) dias, decisão no processo administrativo do impetrante, como entender de direito 7. Ordem de segurança parcialmente concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 12.701/DF/ Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura/ Julgado em 23.02.2011/ Publicado no DJe em 03.03.2011).

**Ementa:** Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Requerimento de anistia. Prazo Razoável para apreciação. Princípio da eficiência. 1. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. (...) 3. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 10.792/DF/ Relator: Ministro Hamilton Carvalhido/ Julgado em 10.05.2006/ Publicado no DJ em 21.08.2006, p. 228).

**Ementa:** Administrativo. Mandado de segurança. Anistia Política. Ato omissivo do Ministro de Estado ante à ausência de edição da Portaria prevista no § 2º do art. 3º da Lei 10.559/2002. Prazo de sessenta dias. Precedente do STJ. Concessão da ordem. (...) 3. Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37,

caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia – , tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 9.420/DF/ Relatora: Ministra Laurita Vaz/ Julgado em 25.08.2004/ Publicado no DJ em 06.09.2004, p. 163).

Dessa sorte, “há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e, por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração”<sup>[23]</sup>. Com bastante propriedade, Vettorato<sup>[24]</sup>, ao abordar o dogma constitucional da eficiência administrativa, entalha que o corolário em exame impõe a Administração Pública, direta e indireta, tal como os agentes que a constitui, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas atribuições de maneira imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, despido de burocracia e sempre em busca da qualidade, arrimando em bastiões legais e morais indispensáveis para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de modo a evitar o desperdício e garantir maior rentabilidade social.

Em sedimento bastante volumoso, com palavras dotadas de grande entendimento jurídico, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>[25]</sup> obtempera que o axioma em apreço é dotado de maciça fluidez e difícil controle ao lume o Direito, apresentando umbilical liame ao preceito da legalidade, porquanto não se justifica o óbice do dever administrativo,

de maneira infundada. Com efeito, o princípio da eficiência consubstancializa o ideário da boa administração pública. Além disso, há que se gizar que, o preceito em comento atingiu proporção tal importante na realidade vigente, foi inserido, por meio da Emenda Constitucional N<sup>o</sup>. 45/2004, entre os direitos e garantias fundamentais, sendo acrescido na redação do artigo 5<sup>o</sup> da Carta da República de 1988, por meio do inciso LXXVIII, que assim verbaliza:

**Art. 5<sup>o</sup>** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*) **LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação[26].

Neste almiré, José dos Santos Carvalho Filho[27] destaca, com bastante pertinência, que “o novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos”. Faz-se imperioso realçar, com contornos fortes e cores quentes, que o novel inciso inserto na redação do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Cidadã não se limita apenas aos processos judiciais. Ao revés, os feixes jurídico-filosóficos do sobredito princípio passam a se irradiar, abrangendo, de igual monta, os processos que se encontram em tramitação na via administrativa, alvo de lentidão exacerbada.

Conforme expõe Lenza, “o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória” [28]. Com efeito, sem maiores dificuldades, é possível vislumbrar que tal demora inviabiliza a imediata concessão do provimento pleiteado, o que, em grande parte dos casos, culmina na inutilidade ou

ineficácia, já que o direito reclamado pode vir a perecimento. De igual forma, é possível destacar que o abandono dos processos, como de forma corriqueira se observa, atenta contra o princípio da eficiência, pois as partes, de maneira negligente e inerte, “abandonam” os feitos processuais, sem sequer peticionar nos autos, requerendo providências.

O Ministro Castro Meira, ao relatoriar o Recurso Especial Nº 1.044.158/MS, colocou em evidência que “é dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados”<sup>[29]</sup>. Com o objetivo de fundamentar as ponderações pinceladas até o momento, de bom alvitre se revelam os ensinamentos do festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, em especial quando traz a lume estes apontamentos:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas, sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade (...)<sup>[30]</sup>.

Nesse passo, entende-se a contemporânea busca por contratações, por meio de concurso público, de servidores públicos e

estagiários, a fim de tornar mais eficiente o serviço público, pondo fim, por conseguinte, a morosidade que assola a Administração. Ao lado disso, a eficiência, princípio basilar da Administração Pública, que se alia à legalidade, impessoalidade, moralidade e à publicidade, deve ser para Administração o guia e para os administrados a certeza, ante a inércia da Administração, impõe o exercício jurisdicional para assegurar a prestação do serviço de forma eficiente, bem como sua eficácia material.

#### **4 O inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal em exame: uma análise da cumulação de salários à luz dos princípios da moralidade e da eficiência**

É cediço que a Emenda Constitucional nº 41/2003, ao promover alteração no tratamento concedido à inovação afixada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, no que tange ao teto salarial, reconheceu, no inciso XI do artigo 37, que:

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: *[omissis]*

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito

Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos<sup>[31]</sup>;

É oportuno, neste talvegue, ponderar que, em razão de um critério topográfico, o inciso supramencionado guarda consonância e obediências aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial moralidade e eficiência. Partindo de tal afirmação, cuida reconhecer que, em decorrência do contemporâneo regime instituído pelo Texto Constitucional, a remuneração, em sentido amplo, do funcionalismo público dar-se-ia em harmonia com princípios sólidos de orientação.

Contudo, recentemente, em decisão histórica, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 602.043 e 612.975, ao Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de cumulação de vencimentos para servidores públicos. O primeiro recurso fazia alusão à aplicabilidade do teto remuneratório previsto no inciso XI do artigo 37 à soma das remunerações advindas da cumulação de dois cargos públicos privativos de médico. Já o segundo refere-se à aplicabilidade do texto remuneratório sobre parcelas de aposentadorias percebidas cumulativamente. Para tanto,

O Plenário aprovou a seguinte tese para efeito de repercussão geral, sugerida pelo relator da matéria, ministro Marco Aurélio: “Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”<sup>[32]</sup>.

Ora, o *decisum* apresentado pela Suprema Corte Constitucional inaugura, no contexto brasileiro, o reconhecimento jurídico da possibilidade de cumulação de vencimentos. O instituto consiste em mecanismos de cumular vencimentos de modo a ultrapassar o teto constitucional remuneratório. De acordo com o relator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, o teto constitucional remuneratório possui nítido aspecto ético, visando impedir a consolidação de “supersalários”, os quais seriam incompatíveis com o princípio republicano, posto que é indissociável do regime remuneratório dos cargos públicos. Assim, por conseguinte, há uma vedação a apropriação ilimitada e individualizada de recursos escassos.

Além disso, é evidente a finalidade protetiva do erário, objetivando estancar o derramamento indevido de verbas públicas. Sendo assim, “o teto constitucional, quando observado e aliado aos limites globais com despesas de pessoa [...], assume a relevante função de obstar gastos inconciliáveis com a prudência no emprego dos recursos da coletividade”[33]. Nesta dicção, o Ministro Relator assentou a ideia de que a percepção somada de remunerações relativas a cargos acumuláveis, mesmo que exaspere o cômputo global, em seu patamar máximo, não tem o condão de interferir nos objetivos que norteiam e alicerçam o texto constitucional.

No que espancam os princípios da moralidade e da eficiência, a alusão consagrada no inciso XI do artigo 37 tocam, de acordo com o Ministro Relator, as situações nas quais o servidor obtém ganhos desproporcionais, examinadas as atribuições dos cargos públicos ocupados. “Admitida a incidência do limitador em cada uma das matrículas, descabe declarar prejuízo à dimensão ética da norma, porquanto mantida a compatibilidade exigida entre trabalho e remuneração”[34].

Em referência ao ideário de economicidade, a percepção estabelecida permite reconhecer a necessidade de interações entre os preceitos – impulsionados pelo princípio hermenêutico da unidade da Constituição Federal -, despertando esforço interpretativo que não promova o esvaziamento da regra que comporta a cumulação. Bandeira de Mello, por sua vez, diz que não se pode desconsiderar que “as possibilidades que a Constituição abre em favor de hipóteses de

acumulação de cargos não são para benefício do servidor, mas da coletividade”[\[35\]](#). Assim, no que se refere ao teto mencionado no inciso XI, este não pode servir de desestímulo ao exercício das funções mencionadas no inciso XVI, porquanto repercutiria diretamente no campo da almejada eficiência administrativa.

Convém, ainda, de acordo com o Ministro Relator, reconhecer que a impossibilidade de cumulação desencadearia um fenômeno de enriquecimento sem causa para o Poder Público. Tal fato deriva do reconhecimento que a incidência do limitador, tendo em vista o cômputo dos ganhos, sendo acumuláveis os cargos, permite a retribuição pecuniária inferior ao que se tem como razoável, presentes as atribuições específicas dos vínculos isoladamente considerados e respectivas remunerações.

Emerge, ainda como terceiro argumento abalizador da viabilidade das cumulações de salários, a potencial criação de situações diversas ao princípio da isonomia. Ora, não se deve extrair da dicção constitucional conclusão que permita a institucionalização de tratamento desigual entre servidores públicos que exerçam idênticas funções. Sem embargo, o preceito alusivo à acumulação obtempera que ela é remunerada, não sendo admitida a gratuidade, mesmo que parcial, em observância à disposição do artigo 1º da Carta de 1988, no qual se contrasta, como fundamento da República, a proteção dos valores sociais do trabalho. Modesto já assinalou que:

A soma das acumulações constitucionais para fins de abate-teto não tem justificativa que a sustente. Nada representa do ponto de vista fiscal ou moral. No plano jurídico, de revés, provoca perplexidade, pois consta da Constituição Federal norma que autoriza os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal a acumulação "remunerada" decorrente do exercício de outra função pública (ensino). Fica-se numa situação antinômica: uma norma autoriza a acumulação remunerada, permitindo aos ministros perceberem do Poder Público valores adicionais ao subsídio devido pelo exercício de seus cargos no Poder Judiciário,



mas outra norma, a relativa ao teto, aparentemente impede qualquer percepção de valor adicional[36].

Ademais, o próprio ordenamento constitucional permite que os Ministros acumulem as respectivas funções com aquelas inerentes ao Tribunal Superior Eleitoral, sendo, portanto, “ilógico supor que imponha o exercício simultâneo, sem a correspondente contrapartida remuneratória”[37]. Além disso, a interpretação sistemática do artigo 95, parágrafo único, inciso I, e do artigo 128, §5º, inciso II, alínea “d”, ambos do Texto Constitucional é ofuscante ao estabelecer da possibilidade do exercício do magistério por Juízes e Promotores de Justiça, de maneira que não se pode afiançar de trabalho não remunerado ou por valores inferiores aos percebidos por servidores que desempenhem, sem acumulação, o mesmo ofício.

Idêntica orientação há se de ser observada no tocante às demais circunstâncias constitucionais de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, alusivas a vencimento, subsídio, remuneração oriunda do exercício de cargos em comissão, proventos e pensões, ainda que os vínculos digam respeito a diferentes entes federativos[38].

A partir de critérios introduzidos por emendas constitucionais, o teto remuneratório não pode alcançar situações consolidadas, desde que observadas as regras preexistentes, porquanto é vedado o confisco de direitos regularmente incorporados ao patrimônio do servidor público ativo ou inativo, conforme dicção do artigo 5º, inciso XXXVI, e do artigo 37, inciso XV, ambos da Carta de 1988. Assim, as previsões limitadoras, a serem levadas a cabo, além de se afastarem da razoável compreensão de teto, no que atina à cumulação autorizada pela Carta Federal, ao se cotejada individualmente, colidem com a rigidez constitucional oriunda do inciso IV do §4º do artigo 60. Bandeira de Mello, sobre a questão, anotou:

Donde, nem a Emenda 19, em 1998, nem a Emenda 41, agora em 2003, podiam rebaixar vencimentos, determinando que ficariam sujeitos a

limites estatuídos primeiramente por uma e ao depois por outra, em novas redações que atribuíram ao art. 37, XI. Também não é de admitir – como, de resto, já se disse – que este resultado seja alcançado pelo expediente, aparentemente astuto, adotado no art. 9º da Emenda 41. Nele se declara que o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aplicar-se-ia a todas as modalidades de retribuição dos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim aos agentes políticos em geral, tanto como proventos de aposentadoria e pensões. A solução é juridicamente incabível, pois o art. 17 se remetia a um texto distinto do que viria a ser implantado pela Emenda 41. Logo, não se lhe pode dar o alcance pretendido, pois isto implicaria pretender colher dele a força constituinte, mas com um alcance descoincidente com a que nele residia. Dito de outro modo: fazê-lo corresponderia a outorgar, hoje, com base em uma simples Emenda, força constituinte a uma norma que nela reside, e não na Constituição. Acresce que o art. 17 estava reportado a um texto que foi revogado pela Emenda 19 e que, de seu turno, também foi revogado pela Emenda 41, de tal sorte que não mais existe como termo de referência no universo jurídico<sup>[39]</sup>.

Do exposto, há retrocesso cultural quando se potencializa o objetivo em detrimento do meio. O texto constitucional proclamou o direito adquirido dos servidores, de modo a tutelar relações jurídicas constituídas segundo os ditames preconizados. Afigura-se, portanto, extravagante a conclusão de tomar o teto, personificado pela remuneração de um único cargo, para limitar aquelas advindas de acumulações permitidas pela Carta Federal. Ademais, a cláusula contida no inciso XI do artigo 37 alude a junções remuneratórias fora das hipóteses autorizadas no inciso que se segue, ou seja, o inciso XVI, a viabilizar a simultaneidade do exercício de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e a de dois cargos privativos de profissionais da saúde.

## REFERÊNCIAS:

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal: Notícia do STF**, 27 abr. 2017. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

CARVALHO FILHO José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: . Acesso 14 fev. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MELLO, Marco Aurélio de. **Voto proferido no Recurso Extraordinário 602.043-MT**. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

MODESTO, Paulo. Teto Constitucional de Remuneração dos Agentes Públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais. *In: Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 3, p. 1-22. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. 3 ed. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Método, 2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In: Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: . Acesso 14 fev. 2018.

#### **Notas:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In: Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978.

Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[5] VERDAN, 2009, s.p.

[6] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010, p. 62-63.

[8] CARVALHO FILHO José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 20.

[9] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[10] SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[11] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2011, p. 21.

[12] GASPARINI, 2012, p. 61.

[13] CARVALHO FILHO, 2011, p. 34.

[14] BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[15] CARVALHO FILHO, 2011, p. 23.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 91.

[17] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 213-214.

[18] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário N° 579.951/RN. Administração Pública. Vedação Nepotismo. Necessidade de Lei Formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20.08.2008. Publicado no DJe em 23.10.2008. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[19] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 38.

[20] MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 109-110.

[21] GASPARINI, 2012, p. 76.

[22] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 98.

[23] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: . Acesso 14 fev. 2018.

[24] VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: . Acesso 14 fev. 2018.

[25] MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 92.

[26] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[27] CARVALHO FILHO, 2010, p. 33.

[28] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 745.

[29] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão proferido em Recurso Especial Nº 1.044.158/MS. Administrativo. Aposentadoria. Atraso na concessão. Indenização. Princípios constitucionais. Art. 49 da Lei nº 9.784/99. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Súmula 13/STJ. 1. Ao processo administrativo devem ser aplicados os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna. 2. É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados. 3. Não demonstrados óbices que justifiquem a demora na concessão da aposentadoria requerida pela servidora, restam malferidos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da Carta Magna. 4. Legítimo o pagamento de indenização, em razão da injustificada demora na concessão da aposentadoria. 5. No caso, como a lei fixa prazo para a Administração Pública examinar o requerimento de aposentadoria, o descumprimento desse prazo impõe ao administrador competente o dever de justificar o retardamento, o que gera uma inversão do ônus probatório a favor do administrado. Assim, cabe ao Estado-Administração justificar o retardo na concessão do benefício. Se não o faz, há presunção de culpa, que justifica a indenização proporcional ao prejuízo experimentado pelo administrado. 6. "A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial". 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 27.05.2008. Publicado no DJe em 06.06.2008. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[30] CARVALHO FILHO, 2010, p. 34.

[31] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[32] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal:** Notícia do STF, 27 abr. 2017. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018.

[33] MELLO, Marco Aurélio de. **Voto proferido no Recurso Extraordinário 602.043-MT.** Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018, p. 11.

[34] MELLO, 2017, p. 11.

[35] MELLO, 2013, p. 277.

[36] MODESTO, Paulo. Teto Constitucional de Remuneração dos Agentes Públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais. *In: Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 3, p. 1-22. Disponível em: . Acesso em 14 fev. 2018, p. 10.

[37] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. 3 ed. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 685.

[38] MELLO, 2017, p. 13.

[39] MELLO, 2013, p. 334.





[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL  
CIVIL

**A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Aluno: Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira  
Orientadora: Tatiana Moreira dos Santos Soubihe L'Astorina

São Paulo  
2015



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA

A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil da Faculdade De Direito Professor Damásio De Jesus. Área de Concentração: Direito Processual Civil

Orientação: Prof<sup>ª</sup>. Tatiana Moreira dos Santos  
Soubihe L'Astorina

SÃO PAULO-SP

2015



www.conteudojuridico.com.br

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA

A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO/SP, \_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_ .

Banca Examinadora:

---

Nome:

Instituição:

---

Nome:

Instituição:

---

Nome:

Instituição:



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

Às pessoas mais importantes da minha vida:  
Claudio, pelo amor; Carmanoelito e Maria de  
Lourdes, meus Pais pelo zelo, carinho que dedicaram;  
Teresa e Henrique, meus irmãos, pelo apoio,  
compreensão e pela sabedoria com que orientam  
minhas decisões.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

TABELA 1- TUTELA DEFINITIVA.....	14
TABELA 2- TUTELA PROVISÓRIA.....	14
TABELA 3 - QUADRO COMPARATIVO DAS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR .....	21
TABELA 4- QUADRO ESQUEMÁTICO DA TUTELA PROVISÓRIA .....	40

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES**

**CF-** Constituição Federal.

**CPC** – Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

**CPC/73**– Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

**PL-** Projeto de Lei Ordinária.

**PL do Novo CPC-** Projeto de Lei 8046/2010 da Câmara dos Deputados

**Novo CPC** - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, institui o Código de Processo Civil e revoga a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

**Art.-** artigo.

## RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre as transformações implementadas pela lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) na medida cautelar. Veremos, inicialmente, a justificativa das medidas de urgência no ordenamento jurídico e as suas espécies. Em seguida, serão discutidos a forma como a tutela cautelar se desenvolve no ordenamento vigente, analisando suas classificações, características e seus requisitos principais. Por fim, serão expostas as inovações ocorridas na cautelar e se estas transformações promovem o fim que almejam, sugerindo, a partir daí, perspectivas futuras de novos estudos.

**Palavras- Chaves:** cautelar, novo código de processo civil, inovações.

## **ABSTRACT**

This monograph is the result of a study on the changes implemented by Law 13,105 / 2015 (New Code of Civil Procedure) in precautionary measure. We will see, initially, the justification of emergency measures in the legal system and its species. Then discussed how the injunctive relief develops legal ruling by analyzing their ratings, features and its main requirements. Finally, innovations occurred in the interim will be exposed and whether these changes promote the end that aims, suggesting thereafter, future prospects for further studies.

**Key-words:** interim, new Code of Civil Procedure, innovations.



## SUMÁRIO

<b>LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS .....</b>	<b>5</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES .....</b>	<b>6</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>8</b>
<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 TUTELAS DE URGÊNCIA .....</b>	<b>9</b>
2.1 Breve origem histórica das Tutelas de urgência.....	9
2.2 Justificativa da tutela de urgência na ordem constitucional .....	10
2.3 Espécies de Tutelas de Urgência .....	12
<b>3 PROCESSO CAUTELAR .....</b>	<b>15</b>
3.1 Considerações iniciais: sincretismo processual.....	16
3.2 Conceito.....	19
3.3 Características.....	20
3.3.1 Características do Processo Cautelar para a doutrina instrumentalista tradicional.	

3.3.2	Classificação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart .....	23
3.4	Requisitos .....	26
<b>4</b>	<b>PODER GERAL DE CAUTELA.....</b>	<b>27</b>
<b>5</b>	<b>PROCEDIMENTO CAUTELAR NO CPC/73.....</b>	<b>28</b>
<b>6</b>	<b>TUTELA PROVISÓRIA .....</b>	<b>32</b>
6.1	Tutela de urgência .....	33
6.2	Tutela de evidência.....	37
<b>7</b>	<b>INOVAÇÕES NO NOVO CPC.....</b>	<b>39</b>
7.1	Procedimento cautelar no Novo CPC.....	44
7.2	A cautelar e a tutela antecipada na lei 13.105/2015 .....	51
<b>8</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>9</b>	<b>SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS.....</b>	<b>58</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A nova sistemática adotada pelo Projeto de Lei 8046/2010 da Câmara dos Deputados (originário do PL 166/2010 do Senado Federal) ou Novo Código de Processo Civil - Novo CPC, traz importantes mudanças no panorama doutrinário processualista civil e no que tange ao “processo cautelar”. As inovações legislativas buscam garantir uma maior efetividade da prestação jurisdicional cautelar através do abandono de formalidades burocráticas e, por meio de um tratamento mais homogêneo com a tutela de antecipada.

No Código Buzaid (Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil – CPC- que está atualmente vigente) houve a inserção (em uma das várias reformas sofridas por este diploma, mais precisamente, as operadas pelas leis nº 8.952, de 13.12.1994 e nº 10.444, de 7.5.2002- que alteraram as disposições do artigo 273, e seus parágrafos, do CPC) da técnica de tutela antecipatória com requisitos distintos dos necessários às cautelares – que já estavam disciplinados originalmente no Livro III do referido diploma legal, com o nítido propósito de tornar autônomos os dois institutos, em franca oposição ao tratamento dado às tutelas de urgência no Código de Processo Civil anterior (Decreto-lei 1.608/39), onde, conforme as lições da doutrina, se “era comum a utilização da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento ou como forma processual para a obtenção da tutela satisfativa” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel- Código de processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo; revistas dos Tribunais, 2008, p.741), percebe-se que no CPC de 1939 a tutela antecipada e cautelar era dispostos como um mesmo instituto. Por isso, seguindo a parêmia da volta do pêndulo, a busca pelo equilíbrio orientou o legislador do Novo CPC, que não regulamentou a cautelar da mesma forma que a antecipação, nem os tratou de maneira compartimentada, buscou uma uniformização de institutos, já que ambos são espécies do gênero tutelas de urgências.

Assim, o presente trabalho orienta-se pela premente e relevante tarefa de justificar e definir o novo perfil da prestação jurisdicional cautelar que irá assumir no Novo CPC, buscando averiguar a compatibilização da nova sistemática com o princípio da garantia do devido processo legal.

[Digite texto]

Conforme lembra MARINONI<sup>1</sup>, nas Ordenações Afonsinas – vigentes no Brasil colonial até 1521- já havia regulamento sobre algumas medidas cautelares específicas. Ao analisar os ordenamentos que se seguiram: Ordenações Manuelinas, Filipinas, passando pelo Regulamento 737 de 1850, Código de Processo Civil de 1939 (onde surgiu pela primeira vez o poder geral de cautela do juiz- art. 675), chegando ao Código de Processo Civil de 1973 (com as diversas minirreformas pelas quais sofreu) - constata-se uma mudança axiológica e estrutural do instituto da tutela cautelar no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, se mostra imprescindível o delineamento das novas bases assumidas pela jurisdição cautelar no novo CPC, sobremaneira, analisar as mudanças concernentes ao campo do procedimento, haja vista a grande relevância prática que as profundas alterações introduzidas por tal diploma legislativo faram surgir no cenário jurídico nacional.

---

<sup>1</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 44.

## 2 TUTELAS DE URGÊNCIA

### 2.1 Breve origem histórica das Tutelas de urgência

O antecedente mais remoto das tutelas de urgência se encontra na tutela interdital, desenvolvida na Roma Antiga. Consistia em ordem emitida pelo "*praetor*" romano, a qual impunha certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental, ou, promovia atos executórios, como ocorria na "*missio in possessionem*".

Grande semelhança, assim, encontra a tutela interdital romana com a antecipação de tutela, posto que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito.

Como antecedente da tutela cautelar, Bedaque<sup>2</sup> aponta a "*manus iniectio*" e a "*pignoris capio*", respectivamente, relacionadas com confissão de dívida e apossamento de coisa do devedor.

Se revelavam como uma técnica de processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano. O Direito canônico, posteriormente ampliou esta utilização, para hipóteses que envolvessem a posse de direitos pessoais, com os interditos possessórios da "*juditia extraordinaria*".

A partir do século XIII, da Espanha à Alemanha, passaram a ser nominados de "*inhibitiones*", entendidos como ordens judiciais liminares com a finalidade de tutela do interesse reclamado ("*mandatum*").

Esses mandamentos foram desenvolvidos na Alemanha com a possibilidade de serem expedidos com ou sem cláusula justificativa, os primórdios das noções a respeito de "*periculum in mora*" e "*fumus boni iuris*", vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares, e do próprio mandado de segurança.

A fórmula interdital romana se deve, principalmente, ao surgimento de novas relações jurídicas, originadas das novas modalidades de conflitos de interesses, especialmente

---

<sup>2</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

mercantis, e pela urgência de suprimento de recentes peculiaridades do direito substancial, como o surgimento dos títulos executivos.

Nesse panorama, podem ser indicados como antecedentes da tutela cautelar, já se assemelhando às liminares atuais, com conteúdo de ordem de tutela provisória. Se distanciam, todavia, da tutela antecipatória, pelo fato de, ao contrário desta, os interditos implicarem na satisfação definitiva da pretensão material.

Não obstante, o embrião das medidas cautelares remota à Lei das XII Tábuas, pois nesta lei há a consagração do que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*.

Mais recentemente, tem-se a chamada *jurisdiction des référés* (jurisdição de urgência) com berço no direito Francês. Consistia em um meio excepcional, dirigido ao Presidente do Tribunal, propriamente de urgência e que tinha como finalidade resolver as dificuldades da execução de forma sumária, provisória e com rapidez. Era regulado pelo antigo Código de Processo Civil francês, bem como, ainda se encontra presente no atual Código de Processo Civil francês, que entrou em vigor a partir de janeiro de 1976, no seu art. 484.

Muita semelhança guarda o instituto com o exercício do juiz de um poder geral de cautela, mais amplo, é verdade, e de tudo vinculado ao juízo de mérito. Este instituto goza de larga aceitação, não só no direito francês, como nas legislações europeias.

## **2.2 Justificativa da tutela de urgência na ordem constitucional**

Com vista a dar concretude ao princípio da Duração Razoável do Processo, uma das expressões da cláusula geral do Devido Processo Legal, consagrada no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal-CF, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, as tutelas de urgência buscam a entrega de prestação jurisdicional tem tempo hábil, nos dizeres de Misael Montenegro (MONTENEGRO, Misael, Filho. Curso de direito processual civil, vol. 3- 6º ed.- São Paulo: Atlas, 2010, p.8) “um processo de resultados”, onde o fim prevaleça sobre o meio, com uma consequente desburocratização do processo e abandono das formas inúteis.

Nessa esteira o legislador do Código vigente concebeu como tutela de urgência, primeiramente, as medidas cautelares, inseridas no ordenamento jurídico através do Livro III do Código de Processo Civil- CPC – lei 5.869/73.

Em 1994, ocorreu a reforma processual que alterou o artigo 273 do CPC, inserindo no sistema processual pátrio o instituto da antecipação da tutela, consolidada posteriormente com o advento da Lei Nº 8.952, datada de 13 de dezembro de 1994.

Desse modo, as tutelas de urgência - um gênero que se divide em antecipação de tutela, liminar e cautelar – são adequadas às situações em que o autor não pode conviver com a demora do processo, sob o risco de prejuízo grave ou de difícil reparação, justificando uma providência jurisdicional acautelatória ou satisfativa.

Como demonstra Marinoni, a preocupação que assolou os processualistas nos anos 90 (noventa) do século passado foi a busca pela efetividade do processo, contudo, tal ideal está diretamente ligada a questão da celeridade processual, pois a morosidade estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional, não é outro o entendimento de Donald Armelin, *apud* Marinoni:

“a efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nessa prestação sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores” (MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 11).

De fato, assiste razão ao mencionado autor, pois, a efetividade do processo está umbilicalmente ligada à noção de duração razoável, passando a compor o próprio conceito de justiça.

Assim, lembra Rui Barbosa quando discursava para seus afilhados, os bacharelados de 1920 da Faculdade de São Paulo, como paraninfo da turma, lhes advertia no famoso discurso intitulado ‘Oração aos moços’:

“[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em

cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente” (BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40).

O renomado jurista quer ressaltar que o arrastado lapso temporal para que seja proferida uma tutela jurisdicional perpetua a injustiça originária da lide, e terá malefícios com efeitos perpétuos, posto que a decisão judicial tardia não poderá cessar a procrastinação.

Em síntese, a morosidade processual constitui uma falta de tutela jurisdicional, e representa própria injustiça.

A tutela de urgência, nesse panorama, assume dimensão que desafia uma tentativa de reestruturação do processo. Com uma cognição sumária, lastreada na verossimilhança ou *fumus boni iuris*, buscando evitar graves danos àqueles que necessitam socorrer-se ao Estado-Juiz e garantir as partes envolvidas o justo esclarecimento e solução para as divergências apresentadas.

### 2.3 Espécies de Tutelas de Urgência

DIDIER<sup>3</sup> traz uma classificação de vanguarda ao distinguir a tutela definitiva da tutela provisória. Ensina o ilustre autor que:

“A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não.

---

<sup>3</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p.459 a 464.



A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado.

(...)

(A tutela não-satisfativa) Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser instrumental e temporária.

(...)

A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar [não satisfativa], permitindo a sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva- que a confirme, revogue ou modifique.

É marcada por duas características essenciais: sumariedade da cognição e a precariedade.

Identifica-se por ser fundada em uma cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade.

Particulariza-se, ainda, por sua precariedade, já que pode ser renovada ou modificada a qualquer tempo.

(...)

A tutela provisória, por excelência, é a tutela antecipada. É aquela que antecipa os efeitos da tutela, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado, (...).”

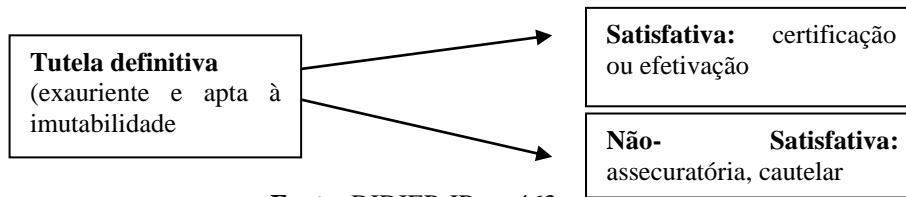
A classificação leva em consideração a conjugação entre técnica processual e a duração da tutela prestada.

Pode causar embaraço a distinção entre a tutela definitiva não satisfativa (cautelar) e a provisória (tutela antecipada). Cumpre esclarecer que a tutela temporária, por sua vez, é a tutela que futuramente será substituída por outra de natureza diversa. Tem como finalidade durar apenas por certo tempo, até que uma tutela de outra natureza seja prestada. Seus efeitos não se perpetuam.

Assim, embora ambas as tutelas tenham em comum a eficácia por um breve espaço de tempo, se distinguem quanto a natureza da decisão que irá substituí-las: se da mesma da anterior é provisória; se distinta é temporária.

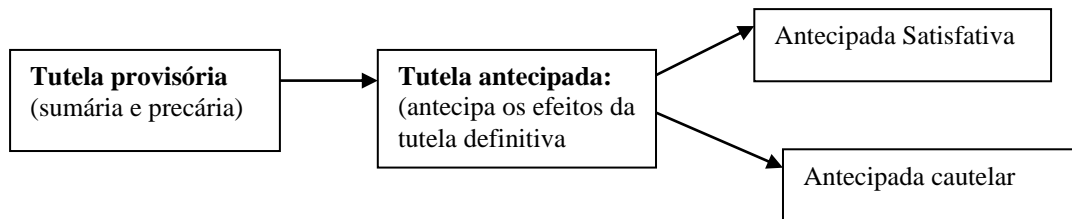
O autor sistematiza suas conclusões em duas tabelas abaixo colacionadas:

**Tabela 1- Tutela definitiva**



Fonte: DIDIER JR, p.463.

**Tabela 2- Tutela provisória**



Fonte: DIDIER JR, p.464.

Da construção conceitual se depreende que o possível comprometimento da prestação jurisdicional de uma tutela definitiva satisfativa, ocasionado pela demora processual, justifica uma tutela específica, apropriada ao direito discutido, e que possua resposta imediata.

Avançando, atribui as tutelas de as tutelas de urgência - gênero que compreende duas espécies: antecipação de tutela e medida cautelar - características inovadoras: a definitividade da cautelar e provisoriedade da antecipação.

MARINONI reconhece, além de outros, como valor fundamente das medidas de urgência “o direito à adequada cognição da lide” (MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 124), em obediência ao Princípio Processual Civil da Adequação, corolário da cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LVI, da CF).

Assim se dá o aparecimento das tutelas de urgência, procedimentos de ritos especiais, mais ágeis e aptos a antecipar ou conservar, o objeto da ação até a decisão final da lide.

Atualmente, o processo cautelar está contido nos artigos. 796 a 889 do CPC, com 14 (quatorze) procedimentos especiais. De acordo com a maioria da doutrina, possui cunho assecuratório com a função de resguardar o efeito útil do direito material discutido em outro processo, busca neutralizar os efeitos indesejados do decurso do tempo, caracterizando-se por

sua instrumentalidade e provisoriedade, entretanto, há quem defenda a possibilidade da cautelar assumir caráter satisfativo<sup>4</sup>.

A tutela provisória que concede eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) se denomina de tutela antecipada ou antecipação dos efeitos da tutela definitiva, possuindo traços distintivos como: cognição sumária e a precariedade da decisão. A antecipação dos efeitos da tutela, incluída no processo de conhecimento pela lei 8.952/94, representou uma importante novidade em nosso sistema processual, já que permite que o autor tenha seu pedido atendido de forma parcial ou integral antes do julgamento definitivo da lide, proporcionando a fruição imediata do direito que será objeto da tutela definitiva pretendida. Com isso, a parte não terá mais que aguardar uma cognição exauriente (cautelar ou satisfativa) para ter o gozo dos efeitos da sentença, evitando o risco da inefetividade do provimento jurisdicional, e afastando os males das delongas processuais. Tais tutelas se identificam por possuírem a mesma finalidade: abrandar os efeitos perniciosos do tempo. Contudo, possuem naturezas distintas. Enquanto a antecipação dos efeitos da tutela é uma técnica processual com decisão provisória (sumária e precária), a cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional com decisão definitiva, mas de efeitos temporários.

DIDIER<sup>5</sup> traz ainda outros traços distintivos: a) a tutela antecipada dá eficácia imediata à tutela definitiva (seja ela satisfativa ou não satisfativa); b) a cautelar assegura a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa. Com isso o autor demonstra que a tutela antecipada pode ocorrer no bojo de uma lide cautelar, sem, contudo, confundir-se com esta.

### 3 PROCESSO CAUTELAR

Há doutrina que traça distinção entre os termos:

- a) Ação Cautelar: poder de pleitear do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional cautelar. Vertente do direito público subjetivo de ação;

---

<sup>4</sup> À exemplo da doutrina de BUENO e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. O tema que será aprofundado no capítulo 3, na seção 3.3.2, item *e*, deste trabalho.

<sup>5</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p.467.

- b) Medida Cautelar: provimento judicial de natureza cautelar capaz de assegurar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional. É o ato do julgador em uma decisão interlocutória ou em uma sentença. As medidas cautelares se encontram no processo cautelar, no entanto o sistema processual permite que, dentro do processo de conhecimento ou do processo de execução, o Juiz tome medidas cautelares incidentais, por exemplo, quando o Juiz, no processo de execução, mandar prestar caução.
- c) Processo cautelar: natureza da tutela que se busca com o provimento. Um *tertium genus*, que contém funções do processo de conhecimento e de execução e tendo por elemento específico a prevenção; e
- d) Procedimento cautelar: forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto;

Todavia, majoritariamente, utiliza-se de várias designações para se referir à tutela jurisdicional que possui fim assecuratório: providência ou provimento cautelar, tutela cautelar, medida cautelar, processo, ação ou sentença cautelar.

Conforme salienta BUENO, “a nomenclatura ‘tutela cautelar’ é, dentre as opções possíveis, a preferível por enfatizar o que hoje deve ser a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil, a ‘tutela jurisdicional’” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155). Com o enfoque na tutela se abandona a ideia de processos autônomos, privilegiando a fungibilidade das formas, transcendendo para a economia processual devido à atribuição do caráter multifuncional do processo.

Vislumbra-se ser a lição de BUENO a mais acertada, e, portanto é adotada no presente trabalho. O estágio atual do Direito não comporta mais a distinção entre processo cautelar, medida cautelar, posto que o processo deve ser compreendido como multivalente, a fim de que possa ser ampliado o seu potencial de entrega da prestação jurisdicional efetiva e justa.

### **3.1 Considerações iniciais: sincretismo processual**

Durante muito tempo, a autonomia dos processos (conhecimento, execução e cautelar) reinou no mundo jurídico. O próprio legislador de 1973 fez questão de consagrar tal classificação ao dividir o Código de Processo Civil em “livros” com “as três espécies de processos”: Livro I (Do Processo de Conhecimento), Livro II (Do Processo de Execução) e Livro III (Do Processo Cautelar).

Contudo, a doutrina brasileira passou a defender a possibilidade das tutelas serem cumuladas numa mesma relação jurídica, com vistas a uma maior efetividade processual, princípio do sincretismo processual. A influência decorreu de países anglo-americanos, pois, no sistema *common law* as atividades cognitivas e executivas do juiz estavam unidas, não existia uma separação entre o processos de cognição e de execução<sup>6</sup>.

Dispõe Maria Soledade Soares Cruzes que “o Sincretismo do Processo Civil Brasileiro é uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional, em contraposição à sua clássica repartição em espécies, ditas autônomas.” (CRUZES, Maria Soledade Soares. O sincretismo do processo civil brasileiro: uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional. Vitória da Conquista-BA.2009 Disponível em: < <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/854/861>>. Acesso em: 28/02/2015). Percebe-se, no cenário atual, que a incompatibilidade entre cognição e execução, erigida historicamente ao status de princípio da autonomia - e que possuía fundamentos científicos doutrinários, tornou-se defasada e cedeu espaço para a compreensão das atividades processuais à disposição do juiz como mecanismos aptos à consecução da tutela jurisdicional.

O termo ganhou maior destaque após a alteração do art. 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, pela lei 10.444/02 (alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória). Nesse cotejo, possibilitou-se a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional (atos de conhecimento, execução e prevenção) no contexto de um mesmo processo, simplificando a prestação jurisdicional. Para além, o artigo 273 do CPC/1973, estabeleceu a fungibilidade entre os provimentos cautelares e de urgência, caminhando para integração da medida cautelar com a tutela antecipada.

O CPC foi paulatinamente alterado, possibilitando cada vez mais a unificação dos procedimentos. Em 2005 e 2006, devido a Emenda Constitucional n.º 45/2004, surgiram as

---

<sup>6</sup> Para um maior aprofundamento sobre a origem do sincretismo processual, consultar: LONDETI, Luiz Roberto Dal Pont. O sincretismo processual e a execução dos títulos judiciais para pagamento de quantia no Direito Processual Civil Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2004. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luis%20Lodetti.pdf>>. Acesso em: 10/03/2015.

Leis nº 11.232 (definiu o cumprimento das sentenças no processo de conhecimento como fase executiva, reduzindo o espectro de existência da execução de títulos judiciais como processo autônomo), 11.277 (autorizou o julgamento de causas idênticas uniformemente) e 11.383 (inovou, enormemente, no processo de execução de títulos extrajudiciais).

As diversas mudanças realizadas ao longo do tempo modificaram completamente o panorama processual originalmente traçado quando da entrada em vigor da Lei 5.869/73, diminuindo a distâncias existentes entre os denominados processos de conhecimento, cautelar e executivo, para torna-las tênues, e por vezes inexistentes, se adequando a nova tônica da realidade social que era incompatível com a burocratização processual, principalmente em decorrência das relações massificadas.

BUENO “não aceita a existência de um ‘processo cautelar’ em contraposição a um ‘processo de conhecimento’ e a um ‘processo de execução’. O que há é um *processo*, sem qualificativo, em que se desenvolvem determinadas atividades jurisdicionais para o atingimento de determinados fins.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155 e 156). O foco do sistema muda do procedimento para o fim almejado com a prestação jurisdicional, ampliando as possibilidades de uma decisão efetiva, graças alargamento dos instrumentos à disposição das partes e do juiz.

O que se propugna com o sincretismo processual é que a prestação de diversas tutelas jurisdicionais não depende de processos próprios e distintos, mas de uma correta provocação do juiz. Assim, se compreende o processo como único, uma mesma realidade, onde o estado-juiz desenvolve atividades de conhecimento, execução e cautela, apenas como instrumentos.

Esse novo paradigma quebra os grilhões a que estava algemada a sistemática do CPC/73, tornando a relação processual mais econômica (pois evita a proliferação de processos distintos que poderiam ser discutidos em um único), menos burocrática (expurga o formalismo inútil) e efetiva, concretizando a dignidade dos jurisdicionados, sob o enfoque do devido processo legal.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, importa deixar claro que “o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução do conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo de Conhecimento- Vol. 2 - 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.30). Significa a realização da

dignidade dos jurisdicionados por meio de uma efetiva e adequada relação processual, apta a gerar a pacificação social.

### 3.2 Conceito

Segundo CÂMARA<sup>7</sup>; “O processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal”. Nesta conceituação tradicional se propõe a distinção dos “processos” de conhecimento, execução e cautelar, como um desdobramento do direito de ação, com a finalidade de assegurar o resultado útil dos demais, na perspectiva de uma tutela mediata e não imediata, uma técnica processual idônea à obtenção da efetiva tutela de direito material.

Por outro lado, MARINONI<sup>8</sup> concebe a tutela cautelar não como uma técnica processual, mas sim como um direito substancial:

“O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitórias e ressarcitórias. O titular do direito à tutela do direito- por exemplo, ressarcitória- também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.

De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”

---

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 3- 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9 e 10

<sup>8</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

Trata-se, nesse sentido, de expressão do direito material que se pretende resguardar, assemelhando-se com o instituto da garantia constitucional, na clássica distinção entre garantias e direitos de Ruy Barbosa.

Ensina NEVES<sup>9</sup> que “O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito”. Assim, esta tutela tem como escopo a resolução de uma crise de perigo, podendo se dar por meio de processo autônomo cautelar ou da concessão de medida cautelar, mediante cognição e formalidade sumária, de maneira provisória e passível de revogação, dotada de instrumentalidade e que visa assegurar a utilidade do resultado final do processo.

Em uma visão mais moderna do direito processual civil, amparando-se nas lições de MARINONI e BUENO, pode-se conceituar medida cautelar como a proteção jurisdicional preventiva, que acoberta e protege determinado direito subjetivo, ou estado de direito legítimo e que se encontra sob ameaça de perecimento em virtude de um dano, iminente e de difícil reparação.

### 3.3 Características

Conforme a análise que se extrai do trabalho de GUTIER<sup>10</sup>, há, em síntese, duas correntes doutrinárias de classificação que apresentam características distintas para processo cautelar: a tradicional, com poucas variações e majoritariamente seguida pela doutrina processual instrumentalista; e a mais vanguarda, apresentada pelos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

---

<sup>9</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único - 5ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.1.158.

<sup>10</sup> GUTIER, Murillo Sapia. Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias. Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias>>. Acesso em: 15/03/2015.



**Tabela 3 - Quadro comparativo das características da tutela cautelar**

<b>Classificação tradicional</b>	<b>Para Marinoni-Arenhart</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Autonomia</li> <li>2. Acessoriedade</li> <li>3. Instrumentalidade</li> <li>4. Preventividade</li> <li>5. Provisoriedade</li> <li>6. Sumariedade</li> <li>7. Cognição não exauriente</li> <li>8. Revogabilidade</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável</li> <li>2. Perigo de dano</li> <li>3. Probabilidade do direito à tutela do direito material</li> <li>4. Temporariedade</li> <li>5. Não-satisfatividade</li> <li>6. Instrumentalidade</li> <li>7. Referibilidade</li> <li>8. Cautelaridade e não-preventividade</li> </ol>
<p><b>Fonte:</b> <a href="http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias">http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias</a></p>	

### 3.3.1 Características do Processo Cautelar para a doutrina instrumentalista tradicional.

#### a. Autonomia

Deve ser entendida como uma terceira classe de processo, com estrutura distinta dos processos de conhecimento e de execução.

A doutrina tradicional pugna pela autonomia do processo cautelar tendo em vista que o mesmo possui fins próprios a serem seguidos, que são realizados independentemente do mérito do processo a que servir a cautelar.

BUENO ensina que tal característica apenas possuía razão de ser no momento em que foi concebido, todavia, atualmente “deve ser entendido *{omissos}* como verdadeira expressão idiomática, que vale mais pela consagração de seu uso, a começar pelo próprio direito positivo, do que pelo significado de seus termos *[omissos]*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156).

b. Acessoriedade

Tal característica se vislumbra uma vez que existe tão somente para proteger um processo principal. Há uma relação de dependência para com os demais "processos".

O CPC previu a acessoriedade no seu artigo 796 que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente". A dependência a que se refere o artigo em comento significa a acessoriedade, entendida como a finalidade de assegurar o resultado do processo principal.

c. Instrumentalidade

Na formulação tradicional, a instrumentalidade espelha a circunstância do processo cautelar não se voltar à proteção imediata do direito material, mas apenas, ao plano processual.

O processo cautelar, nessa perspectiva, é instrumento para a proteção do resultado útil do processo principal, ou seja, conforme a concepção de Calamandrei<sup>11</sup> – muito repetido na doutrina: “instrumento do instrumento”, denominada por MARINONI de teoria da instrumentalidade ao quadrado.

A doutrina mais recente critica veementemente as lições do jurista italiano, pois advém da teoria concretista do direito de ação, e sua classificação deve ser entendida nesse contexto. Assente que tal concepção de processo não foi adotado no Brasil, não há como se defender que o direito à tutela cautelar advenha do processo.<sup>12</sup>

d. Preventividade

O objetivo do processo cautelar é afastar o perigo da ineficácia ou inutilidade do provimento jurisdicional buscado. Visa impedir que se ocorra grave dano ao direito das partes

---

<sup>11</sup>CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira, p.21-22 apud BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

que litigam em processo de conhecimento ou execução, de modo a evitar que os efeitos danosos do tempo possam impedir a efetividade do processo principal.

e. Provisoriedade

A medida cautelar produzirá efeitos por um determinado lapso de tempo, notadamente até que persista a situação de emergência. A proteção obtida cautelarmente extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger.

DIDIER<sup>13</sup> defende que a provisoriedade (que ele prefere denominar de temporariedade) não exclui a definitividade da cautelar. Como já exposto supra, o autor defende que a decisão cautelar concede uma tutela cognitiva exauriente seu objeto. Temporários ou provisórios seriam apenas os efeitos práticos.

### 3.3.2 Classificação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart<sup>14</sup>

a) Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável

“A tutela cautelar é assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica”. Para Marinoni e Arenhart a tutela é direito da parte e um dever do Estado e não é uma tutela da jurisdição ou do processo.

b) Perigo de dano

O direito ou situação tutelável devem estar em perigo, que deve estar fundado em elementos objetivos, e não de ordem subjetiva. Para os professores Marinoni e Arenhart, basta a mera probabilidade da ocorrência do dano, sendo desnecessária uma cognição exauriente sobre essa ocorrência.

---

<sup>13</sup> Conforme exposto no item 2.2.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-44.

c) Probabilidade do direito à tutela do direito material

O direito da parte dever ser verossímil ou provável, *fumus boni iuris*. Para Marinoni e Arenhart, a obtenção da tutela cautelar depende do convencer o juízo de que lhe será da probabilidade de concessão do direito material. A cognição baseada na verossimilhança será sumária, pois é incompatível com o aprofundamento do contraditório.

d) Temporariedade

Para os ilustres processualistas a cautelar não é provisória e sim temporária, posto que sua eficácia não está atrelada à decisão definitiva sobre o mérito, como classicamente concebida, mas ao perigo de dano, pois destina-se a dar segurança à tutela do direito material, devendo perdurar enquanto não desaparecer o perigo de dano.

e) Não-satisfatividade

Para os autores, que comungam com posição majoritária, a tutela cautelar tem a finalidade unicamente assecuratória, não podendo satisfazer o direito material, apenas resguardá-lo.

Para a maioria dos doutrinadores não se tolera mais a cautelar satisfativa em razão da reforma do Código de Processo Civil, que instituiu a tutela antecipada. Contudo, há doutrinadores que defendem a possibilidade do caráter satisfativo da medida cautelar, esse entendido como a satisfação do direito, isto é, esgota por si só e por sua natureza o seu objeto, independente de ação principal. Nesse sentido são as lições de BUENO, para quem:

“A tutela jurisdicional, inclusive a preventiva, atua também no plano material não sendo correto, ao menos nos dias de hoje, entender que o proferimento de uma sentença ou, mais genericamente, de um ‘título executivo’ seja significativo, em todo e em qualquer caso, de prestação de tutela jurisdicional. Não há espaço para entender a necessidade de uma verdadeira duplicação de ‘processos’, de ‘ações’ e de ‘procedimentos’ para buscar um só resultado que, em última análise, não repousa – e nunca repousou – no plano processual, mas exclusivamente, no plano material.” (BUENO, Cassio Scarpinella.

Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.)

Para o autor a tutela cautelar possui natureza além do meramente processual, tutelando direitos materiais das partes. Os manuais colacionam como exemplos de cautelares com natureza satisfativa a cautelar de exibição de documentos, de produção antecipada de provas e a de sustação de protesto.

Essa posição encontra ressonância em alguns julgados pátrios da Corte do STJ, a exemplo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NAS AÇÕES CAUTELARES DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS BANCÁRIOS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

**(...)essas poderão ter natureza verdadeiramente cautelar, demanda antecedente, cuja finalidade é proteger, garantir ou assegurar o resultado útil do provimento jurisdicional; ou satisfativa, demanda principal, visando apenas à exibição do documento ou coisa, apresentando cunho definitivo e podendo vir a ser preparatória de uma ação principal – a depender dos dados informados. omissos).** REsp 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 2/2/2015.

O que o acórdão supracitado elucidada é que, por vezes, o procedimento cautelar adotado se revela uma ação ordinária, que entrega o bem da vida a parte.

A ideia da cautelar não satisfativa é justamente que ela sirva para apoiar uma outra ação (a qual deverá ser ajuizada em 30 dias da eficácia factual da liminar ou, ainda, do desfecho em relação à tutela pretendida pela cautelar - vez que muitas vezes isso não se dá por liminar). Todavia, as cautelares ditas satisfativas dispensam o ajuizamento de uma demanda principal. Ela, de per si, já basta a tutelar a pretensão autoral.

f) Instrumentalidade

Tal característica é perceptível pela leitura do art. 801, inciso III, do CPC. Não obstante esta concepção tradicional insculpida na legislação, MARINONI e ARENHART não atribuem o mesmo viés finalístico dos autores clássicos. Para eles não se concebe a tutela cautelar como instrumentalidade ao quadrado, posto que, a prestação jurisdicional visa tutelar o direito material, conferindo-lhe segurança. BUENO, de igual modo, não empresta razão ao conceito clássico de instrumentalidade, mas, principalmente, por considerar artificial a classificação dos processos.

g) Referibilidade

A referibilidade significa que a cautelar estabelece uma relação direta- e não indireta, como quer a maioria da doutrina- com o plano material: uma situação substancial acautelada. Circunstância que revela um direito substancial de cautela, como um direito subjetivo material à segurança.

h) Cautelaridade e não-preventividade

Nas lições dos processualista, a tutela cautelar sempre está referida a uma ação principal, portanto, é tida como não-satisfativa. A tutela jurisdicional apta a sanar ameaça à direitos é a tutela inibitória ou preventiva, voltada a impedir a repetição, continuação ou prática de ato contrário ao direito.

Na origem do CPC/73 não havia o desenvolvimento da concepção atual de tutela inibitória antecipada, e por essa razão as partes utilizavam das cautelares inominadas, como medidas aptas a evitar a consumação do dano.

Essa concepção não resistiu às alterações experimentadas pelo CPC, em especial pela instituição da antecipação de tutela. Assim a tutela inibitória previne danos e é satisfativa (não possui referibilidade ou instrumentalidade) dos direitos a serem tutelados, como uma modalidade de antecipação de tutela. Por outro lado, a cautelar possui a aptidão de assegurar e dar segurança a efetividade de eventual tutela ressarcitória, e não para prevenir danos.

### 3.4 Requisitos

Tal qual qualquer ação, a cautelar é condicionada, devendo-se demonstrar para o seu exercício seus requisitos constitutivos que são: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte. Além desses existem dois requisitos específicos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Trata-se o *fumus boni iuris* pela plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a segurança. Não implica na certeza do direito material, ou que os fatos que o fundamentam serão profundamente analisados, mas apenas e tão somente que o autor da cautelar tem direito ao processo de mérito com possível provimento favorável. Assim, uma vez demonstrado que o autor da cautelar possui todas as condições do direito de ação que lhe permitirão ingressar com o processo principal, ou seja, que este é viável e não lhe será claramente adverso, terá ele direito ao processo cautelar, pois o *fumus boni iuris* consiste na existência do interesse que justifica o direito de ação, sendo que na prática só não existe quando a pretensão do requerente configurar caso de inépcia da inicial.

No que toca ao *periculum in mora*, há de se vislumbrar um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, (art. 798, CPC). Tal risco não se funda em simples estado de espírito do requerente, mas a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Theodoro Jr<sup>15</sup> esclarece que se refere ao interesse processual na justa e eficaz composição do litígio, sendo que o dano corresponde a uma possível prejudicial alteração na situação de fato existente ao tempo da propositura da ação. Devendo o receio do autor da cautelar ser demonstrado por algum fato concreto (fundado) que possa gerar dano durante o processo principal (seja próximo) e que esse dano não permita uma reparação específica e nem uma indenização, inclusive por falta de condições econômicas da outra parte.

#### **4 PODER GERAL DE CAUTELA**

---

<sup>15</sup> THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.429.

O poder geral de cautela, decorrente do art. 798 do CPC, é algo de peculiar na tutela cautelar, por ele, pode o juiz criar providências de segurança fora dos casos típicos de cautelares determinados por lei, pois a tutela cautelar visa a evitar situações de perigo que possam prejudicar a eficácia do processo principal e, por vezes, demandam medidas específicas para o caso concreto. Essas medidas terão de ser requeridas pelo interessado que, como já dito, terá de demonstrar a existência daqueles dois requisitos típicos de todas as cautelares.

Este poder atribui ao juiz poderes de conceder tutela de urgência, mesmo quando absolutamente incompetente para o julgamento do processo. Abre-se a possibilidade de determinação de qualquer medida cautelar ainda que não prevista expressamente no CPC.

BUENO explica que o poder geral de cautela deve ser entendido “como autêntico ‘dever-poder’” (ob. Cit. p.183). Dever, no sentido de que não há espaço para discricionariedade no exercício da função jurisdicional, impõe-se ao juiz a utilização de mecanismos que se mostrem aptos a garantir o resultado pretendido da tutela.

O legislador processual não se ocupou de definir as alternativas à disposição do magistrado, criando uma verdadeira cláusula geral, deixando o ordenamento aberto, e relegando ao juiz a complementação do sistema protetivo de direitos, permitindo a utilização de medidas adequadas a evitar danos graves, ou de difícil reparação, consoante as necessidades de cada caso concreto.

A doutrina utiliza o termo cautelares inominadas (inespecíficas ou atípicas) como expressão sinônima do poder geral de cautela. Esse poder pode ser exercido dentro de qualquer processo, posto que é ínsito a função jurisdicional, fruto da necessidade de uma tutela cautelar adequada ao caso concreto.

## **5 PROCEDIMENTO CAUTELAR NO CPC/73**

A lei 5.689/73 dispunha acerca da tutela cautelar no seu livro III, artigos 796 a 889, especificando os pressupostos próprios para cada provimento cautelar e no artigo 798 dispondo sobre o poder geral de cautela, diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, que apenas estipulava os requisitos gerais dos provimentos cautelares no seu artigo 675.



As cautelares típicas ou nominadas no Código de Processo Civil de 73 eram o arresto, artigo 813 a 821, o sequestro, artigo 822 a 825, a caução, artigo 826 a 838, a busca e apreensão, artigo 839 a 843, a exibição, artigo 844 e 845, a produção antecipada de prova, artigo 846 a 851, os alimentos provisionais, artigo 852 a 854, o arrolamento de bens, artigo 855 a 860, a justificação, artigo 861 a 866, os protestos, notificações e interpelações, artigos 867 a 873, a homologação do penhor legal, artigos 874 a 876, a posse em nome do nascituro, artigo 877 e 878, o atentado, artigos 879 a 881, o protesto e a apreensão de títulos, artigos 882 a 887, e outras medidas provisionais nos artigos 888 e 889.

Na sistemática do CPC/73 o exercício do direito cautelar “autônomo” se faz através da petição inicial, como qualquer outra ação. Através o autor demonstra que atende os requisitos previstos no art. 801 do CPC. O primeiro é o endereçamento, pois quando preparatórias, ou seja, requeridas antes da existência da lide principal, são requeridas ao juiz competente para a ação principal (CPC, art. 800), importante ressaltar que se a medida cautelar objetivar proteger ação de competência originária dos tribunais ou nos processos nos quais já foram proferidas sentenças e interpostos recursos, a ação cautelar deverá ser interposta diretamente ao tribunal competente para o julgamento do recurso interposto (CPC, art. 800, § único.), devendo indicar o Tribunal e o órgão julgador competentes, onde tramita a ação principal, ou para onde esta será dirigida.

O segundo requisito é a qualificação das partes. Importante destacar que somente aquele que tiver legitimidade e interesse para o ajuizamento e a parte legítima para ocupar o polo passivo da ação principal é que poderão figurar como partes ativa e passiva na relação processual da ação cautelar. Haja vista que, a sentença a ser proferida na ação principal apenas poderá beneficiar ou prejudicar as partes daquele processo (CPC, art. 472).

Requer, ainda, a indicação da lide e seu fundamento. Há uma imprecisão terminológica, pois os fundamentos não são propriamente da lide cautelar – no sentido de pretensão resistida - mas da ação principal que será assegurada pela tutela cautelar. Este requisito permitir ao juiz a verificação da ocorrência do *fumus boni iuris*, que constitui requisito próprio da cautelar. Se se tratar de modalidade incidental (aquela ajuizada no curso da demanda principal), desnecessária será tal requisito, pois o seu exame será feito através da análise da petição inicial da ação principal.

Também deverá ser demonstrado receio da lesão e a exposição sumária do direito ameaçado. Constitui-se mais um requisito da ação cautelar: o *periculum in mora*. Deve se indicar os elementos que demonstrem um juízo de probabilidade da ineficácia da tutela

principal em razão do decurso do tempo. Caso se requeira a cautelar liminarmente, ainda se exige a indicação das razões de ineficácia da cautelar caso dela tenha conhecimento o requerido antes de sua concessão.

Ato contínuo será o pedido de citação do requerido e a indicação do valor. Havendo outras provas a serem produzidas, a petição inicial da cautelar deverá indicá-las e estar acompanhada dos documentos essenciais e fundamentais a resolução e conhecimento da lide cautelar.

Nas medidas cautelares requeridas incidentalmente - isto é, quando já existe o processo principal cuja eficácia se busca proteger – serão dirigidas ao juiz da ação principal. Assim, a petição inicial deverá indicar o juízo onde tramita a principal, distribuindo-se por dependência a cautelar.

Ao examinar a inicial, caso o juiz constate o não preenchimento dos requisitos exigidos na lei (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), ou que há defeitos ou irregularidades que comprometam ou dificultem o julgamento do mérito, determinará que o requerente emende ou complete no prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 284). A não observância desta determinação acarreta o indeferimento (CPC, art. 284, § único) por sentença e sem resolução do mérito, impugnável através de apelação (CPC, art. 513).

Estando em ordem e havendo pedido liminar da medida cautelar – ou sem este requerimento e após justificação prévia – o magistrado, por meio de cognição sumária, avalia a possibilidade do deferimento da pretensão cautelar ao final do processo e o risco de ineficácia da providência, se não concedida *inaudita altera pars*, após o que defere a medida ou, em caso de indeferimento, designará justificação prévia com a citação do requerido. Esta justificação somente se faz necessária se fatos relevante para a concessão da liminar tiverem de ser demonstrado prova testemunhal.

Concedida a cautelar liminarmente, ou após justificação prévia, o juiz poderá exigir do postulante uma contracautela - consiste em uma caução, real ou fidejussória, que garanti futura reparação de danos que a execução da medida cautelar pode vir a ocasionar ao requerido (CPC, art. 804).

A citação será feita por uma das formas previstas nos arts. 213 e seguintes do Código de Processo Civil, devendo constar a advertência de que, a não contestação do pedido gera a presunção de verdade dos fatos narrados na exordial. A ausência desta advertência desautoriza a aplicação dos efeitos da revelia.

O prazo de contestação é de 5 (cinco) dias, contando-se da juntada do mandado aos autos seja: de citação devidamente cumprido; de execução da medida concedida liminarmente; ou após justificção prévia (CPC, art. 802). Caso conste prazo maior no mandado, por equívoco, deverá este ser observado. Contestado o pedido, decidirá em 5 (cinco) dias (CPC, art. 803) o magistrado.

Na contestação deve o requerido, em princípio, limitar-se ao ataque dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, procurando demonstrar a ausência da aparência do bom direito ou das condições da ação principal, e/ ou a ausência do perigo da demora em razão do tempo. Pode versar, ainda, sobre a decadência e a prescrição do direito alegado. A contestação deve vir instruída com os documentos destinados a comprovar as alegações feitas, indicando, se for o caso, as provas que o requerido pretende produzir.

Se a contestação trouxer fato novo, a exemplo da decadência ou da prescrição, ou se vier instruída com documentos relevantes e que podem vir a ser utilizados na sentença, embora não haja previsão expressa, o juiz poderá novamente ouvir o requerente, em réplica.

Existindo ainda fatos controvertidos e que devam ser demonstrados por provas orais, haverá a designação de audiência de instrução e julgamento para a colheita dessas provas. Após a instrução, o juiz decidirá no ato ou em 5 (cinco) dias, por sentença, contra a qual caberá apelação, com efeito apenas devolutivo, posto que, concedida a medida, haverá sua execução independentemente do recurso, caso contrário haveria o desvirtuamento da finalidade da tutela cautelar se houvesse sua suspensão pela interposição de recurso com efeito suspensivo.

Concedida a medida deverá haver sua execução no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia da medida concedida (CPC, art. 808, II). Sendo a cautelar preparatória, a ação principal é que deverá ser ajuizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, sob pena de perda de sua eficácia (CPC, art. 808, I), com a ressalva dos casos em que parte da doutrina admite a natureza satisfativa da medida, onde não haverá necessidade de ajuizamento da ação principal.

Concedida e efetivada a medida, haverá a conservação de sua eficácia até o encerramento da ação principal. Havendo a suspensão da lide principal, ainda que por convenção das partes, permanece íntegra a eficácia da cautelar, salvo se em contrário decidir o juiz. Contudo, pode ser modificada ou revogada, se alterações fáticas ocorridas justificarem a modificação ou revogação (CPC, art. 807).

De outro lado, implicará em perda da eficácia da medida se, concedida liminarmente, o requerente não providenciar a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias. Como também, haverá perda da eficácia da medida (CPC, art. 811, II), caso o processo principal seja extinto, com ou sem julgamento do mérito, ou se a sentença proferida no processo principal for desfavorável ao requerente da medida cautelar.

Não há vedação, enquanto não decidido o processo principal, para que seja renovada a medida cautelar que perdeu sua eficácia, contudo, o novo pedido deve se apoiar em fundamento novo.

Nos casos de perda de eficácia da medida cautelar, resultando a sua execução em prejuízos, o requerente por eles responde de forma objetiva e, a apuração do montante dos danos, ocorrerá nos próprios autos da cautelar, através de liquidação (CPC, art. 811 e § único).

## **6 TUTELA PROVISÓRIA**

Este capítulo trata de uma abordagem preliminar sobre o novos contornos dados pelo Novo CPC ao instituto da tutela provisória, sem prejuízo de aprofundamento dos temas nos capítulos seguintes.

Como já referido, há tutela provisória quando o órgão julgador antecipa os efeitos da tutela definitiva (não importando se a tutela é satisfativa ou cautelar). Também haverá provimento provisório quando o julgador, em um processo que não tenha natureza cautelar, determina, *incidenter tantum*, a adoção de uma medida cautelar. Em síntese, a tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar, assim o é posto que será substituída por uma tutela definitiva.

De início, verifica-se que o Novo CPC preferiu adotar a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória, fundada em cognição sumária, da definitiva, baseada em cognição exauriente.

No Novo Código de Processo Civil a tutela provisória possui regramento no Livro V, e está estruturada em três títulos: disposições gerais, tutela de urgência e a tutela de evidência. É usada no sentido de proximidade com temporariedade, tendo modificação especialmente em

relação à perspectiva de estabilização, abandonando a ideia de superação quanto à tutela principal. Há no texto duas espécies de tutelas de urgência: a satisfativa, chamada de antecipada, e a cautelar.

Quanto à tutela provisória, o Novo CPC dá mais ênfase ao contraditório. O Código de Processo Civil acaba com toda sistemática de estrutura cautelar em torno de processo autônomo, mas mantém possibilidade de require-la de forma antecedente. A ideia foi abarcar o processo sincrético, ampliando processo em relação à tutela cautelar.

### **6.1 Tutela de urgência**

Pode-se definir tutelas de urgência como todas aquelas medidas que são concedidas no decorrer do processo, em especial no seu início, tendo como premissa a questão do perigo de ineficácia da tutela em razão de uma emergência, a qual tanto pode assumir um feitiço cautelar quanto satisfativo, podendo, inclusive, pode ter uma mesma decisão, a natureza de ambas ao mesmo tempo.

Como já exposto, a tutela de urgência está sendo tratada da mesma forma tendo faceta cautelar ou satisfativa, pois o juiz para cumprir a promessa constitucional de tutelar os direitos não pode mais se pegar em aspectos puramente técnicos e formalistas contidas na acepção da palavra.

Importa salientar as grandes modificações na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, cuja petição inicial limita-se a: requerimento de tutela antecipada, apenas indicação de tutela final, exposição da lide e do direito que se buscar realizar, perigo de dano ou do risco do resultado útil do processo e a indicação do caráter antecedente. Depois da decisão, deve haver a complementação da petição inicial, sob pena de extinção do processo sem o julgamento do mérito, com possibilidade de complementação da argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final. Em caso de concessão, prazo é de 15 dias. Se indeferida, prazo de 5 dias para a emenda.

Sobre a tutela cautelar antecedente, a petição inicial deve conter a lide e seu fundamento, exposição sumária do direito que se quer assegurar e perigo de dano ou do risco do resultado útil do processo. Após a citação do réu, estabeleceu-se prazo de cinco dias para a contestação e indicação das provas que pretende produzir. Não havendo contestação, a decisão sobre a cautelar é em até 5 dias. Se contestado, segue-se o procedimento comum. A formulação do pedido principal é feita nos mesmos processos e autos, no prazo de 30 dias.

A tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado do processo quando: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte ou ainda se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada com julgamentos de casos repetitivos ou em súmula vinculantes.

Outra hipótese é se a lide versar sobre pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito ou se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Para a doutrina o aspecto positivo do Novo CPC é a unificação do regime jurídico das medidas antecipatórias e cautelares. As medidas urgentes poderão ser concedidas em caráter preparatório ou incidental.

Entretanto, o tratamento uniforme dado aos requisitos de um e outro tipo de tutela não parece ser a melhor solução legislativa, já que, apesar de serem consideradas espécies do gênero - justamente pela questão do risco de dano no sentido mais amplo do termo -, se o novel diploma tivesse especificado com detalhes mais técnicos as hipóteses de tutela cautelar e satisfativa não haveria qualquer problema na prática, pois apesar de ser patente a fungibilidade entre ambas, há grande possibilidade de confusão na praxe forense, por consequência não podem andar juntas com relação aos pressupostos para a sua concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sombra de dúvidas, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal.

Subsiste no novo ordenamento o ônus da formulação principal, assim, concedida a medida cautelar preparatória, o autor deverá sempre formular o pedido principal em até 30 dias. Se concedida a tutela antecipada preparatória, o autor tem ônus de complementar sua argumentação e confirmar o pedido de tutela final em 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz lhe der, nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais, juntando documentos novos e confirmando o pedido de tutela definitiva, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, §§1º, I, 2º e 3º).

O réu, então, diante do aditamento supramencionado, será citado para comparecer em audiência de conciliação ou mediação que, restando infrutífera, marcará, via de regra, o início do prazo de 15 dias para a apresentação da contestação (NCPC, arts. 303, §1º, II e III, 334 e 335).

Nesse ponto não há grandes novidades.

Todavia, o artigo 304 do NCPC inova no tratamento da matéria, dispondo expressamente sobre a previsão de estabilização da tutela antecipada. Consiste na hipótese de se o réu não recorrer da tutela urgente antecipada preparatória, o processo preparatório será extinto, mas a medida manterá sua eficácia por tempo indeterminado. Com isso se atribui uma função monitória ao Novo Código de Processo Civil, com a criação acelerada de título executivo, mediante cognição sumária e em caso de inércia do réu, além da transferência para o réu do ônus da instauração de processo de cognição exauriente.

À primeira vista, o dispositivo parece sugerir que o réu, para não ver estabilizada a tutela provisória e extinto o processo, é tem o ônus de interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente. Pela interpretação literal do dispositivo, caso o réu deseje apenas contestar a demanda a tutela provisória já estaria estabilizada e o processo estaria extinto muito provavelmente antes mesmo da audiência de conciliação ou mediação. Não deve prevalecer, contudo, essa interpretação do Novo Código, que tornaria obrigatória a interposição de recurso nesse caso.

Nesse sentido também as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello<sup>16</sup>:

“O caput traz a informação de que a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos termos do art. 303 anterior, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Numa interpretação literal, o que terá o condão de ditar, ou não, a estabilização, será a providência recursal. Não havendo recurso, a decisão que antecipou a tutela tornar-se-á estável e o processo será extinto (§1º). Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer. Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso. A vingar uma interpretação literal

---

<sup>16</sup> Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 512

antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quiser que a ação prossiga e seja julgado o pedido final.”

Razão assiste aos renomados autores, por efeito, pela sistemática recursal, que é orientada pelo princípio da voluntariedade, seria incongruente com o sistema a criação de um recurso obrigatório.

A reformar ou invalidação da tutela provisória estabilizada se dará com o ajuizamento de nova demanda em face da outra, nos exatos termos do art. 304, §2º, do NCPC, devendo ser exercido esse direito no prazo decadencial de 02 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§5º). Todavia, como o Novo Código adota posicionamento explícito no sentido de que a decisão proferida em cognição superficial não faz coisa julgada material (304, §6º), imperativo é também concluir, que nada obsta que, mesmo após o prazo decadencial de 02 anos, a parte que se sinta prejudicada ingresse com nova demanda a fim de discutir o mesmo bem da vida, não podendo, contudo, rever a tutela provisória dada e estabilizada, mas com o direito de ajuizar nova ação com idêntico conteúdo.

A inexistência de coisa julgada material não é uma especificidade da medida antecipada, mas sim da concessão da tutela provisória (de urgência ou da evidência), que manterá a sua eficácia na pendência do processo, podendo ser, a qualquer momento, revogada ou modificada (art. 296).

Os juristas, no entanto, alertam para alguns inconvenientes práticos decorrentes da persistência da distinção entre cautelar e antecipação, como no caso do recrudescimento da disputa classificatória entre cautelar e antecipada, além do risco de proliferação de pedidos de tutela urgente em desvio de finalidade, devido a flexibilização dos requisitos para a concessão dessa modalidade de tutela.

Salienta-se ainda que, embora não se fizesse necessário qualquer previsão expressa do no sentido de se estabelecer a prioridade processual na tramitação nos processos onde haja o deferimento de tutelas de urgência, o legislador enunciou que quando estamos diante de um processo em que foi concedida, por exemplo, uma tutela cautelar em que o risco pode continuar ocorrendo, por obvio, esse processo tem que ter o trâmite priorizado em relação aos demais.



## 6.2 Tutela de evidência

O artigo 311 do Novo Código trata especificamente da tutela de evidência, destacando que, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, a tutela da evidência será concedida em hipóteses específicas:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Importante a advertência doutrinária:

“Tais situações não se confundem, todavia, com aquelas em que é dado ao juiz julgar antecipadamente o mérito (arts. 355 e 356), porquanto na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 523.

Deve-se ter em mente que o fato da tutela de evidência está lastreada em cognição sumária não é definitiva e sim provisória, porquanto, como adverte a doutrina, não há coincidência com as hipóteses de julgamento antecipado que são aptas à definitividade.

Destacar, ainda, que na tutela da evidência, não se exige o requisito da urgência. Daí porque houve efetiva diferenciação entre essas duas espécies de tutela provisória. Não obstante, embora não esteja expressamente previsto no dispositivo legal ora supra citado, se deve acrescer às hipóteses de concessão da tutela da evidência a probabilidade do direito do requerente. Esta interpretação leva em conta a natureza dessa tutela (do direito evidente) e a coerência contida na “*mens legis*”.

Pensar contrariamente, daria azo ao surgimento de uma situação na qual, embora não exista qualquer “evidência” (probabilidade) de seu direito, o autor obtenha a concessão de uma tutela provisória (da evidência) pela simples demonstração do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte (NCPC, art. 311, inciso I). Não se busca, com isso, defender que essas condutas não tenham que ser gravemente reprimidas e combatidas, mas não se pode olvidar que elas não influem no mérito da demanda, ou na maior ou menor probabilidade do direito do autor.

Ademais, à exceção da hipótese prevista no inciso I do art. 311 do NCPC, as demais fazem referência a aspectos jurídicos ou fáticos que traduzem a evidência do direito do autor, à exemplo da: comprovação documental das alegações de fato aliada à “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (II); “prova documental adequada do contrato de depósito” (III); e “prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (IV).

Impõe-se concluir que, mesmo na situação de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório da parte, o outro litigante, postulante da tutela de evidência, deverá também comprovar a probabilidade do seu direito.

Acrescenta o parágrafo único do art. 311 do NCPC que o magistrado poderá decidir liminarmente nas situações descritas nos incisos II e III apenas. Posto que, nas hipóteses dos incisos I e IV, o juiz somente poderá formar sua convicção (ainda que fundada em cognição sumária) após a apresentação do mecanismo de defesa do réu.

Pertinente a observação de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“(…) Distanciando-se do Projeto originário de Novo CPC, na redação final do diploma legal não há previsão para o pedido antecedente de tutela da evidência. Dessa forma, há um tratamento heterogêneo entre

as diferentes espécies de tutela provisória: enquanto a tutela de urgência pode ser pedida de forma antecedente e incidental, a tutela da evidência só pode ser pedida de forma incidental. É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente; mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível se imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Novo CPC não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.” (Novo Código de Processo Civil, São Paulo: Método, 2015, p. 219).

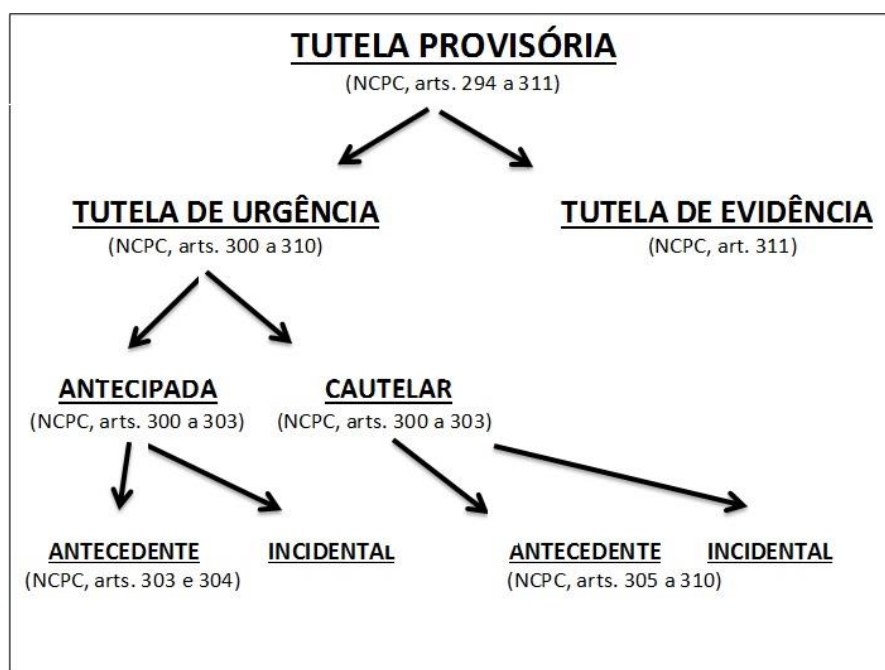
Propõe o jurista uma aplicação analógica do procedimento previsto para a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, em virtude de ambas constituírem espécies de tutela provisória. Contudo, essa não parece ser a melhor exegese já que o silêncio da norma é eloquente. Assim o Art. 294. Do Novo Código ao referir que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, ressalva em seu parágrafo único que apenas a tutela provisória de urgência é que poderá ser requerida e concedida em caráter antecedente ou incidental.

## 7 INOVAÇÕES NO NOVO CPC

Aos 16 de março de 2015 a Presidente da República sancionou o Projeto de Lei 8046/2010, convertendo-o na Lei 13.105 de 2015, que institui o novo código de processo civil. A lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 ainda se encontra vigente devido a *vacatio* de 1(um) ano após a data da publicação oficial, prevista no art. 1.045 do Novo CPC.

No Livro V (arts.294 a 310) da nova lei adjetiva, o legislador dispõe sobre a tutela provisória, que se divide em: Disposições gerais (Título I), Tutela de Urgência (Título II) e Tutela de Evidência (Título III).

O Título II do livro V, por sua vez, se divide: Capítulo I (Disposições Gerais); Capítulo II (Do Procedimento Da Tutela Antecipada Requerida Em Caráter Antecedente) e



Capítulo III (Do Procedimento Da Tutela Cautelar Requerida Em Caráter Antecedente).

Pela estrutura topográfica, percebe-se que a comissão de juristas, responsáveis pela feitura do Projeto, buscou um tratamento mais homogêneo entre a cautelar e a antecipação de tutela, não adotando a classificação exposta supra de DIDER (tutela cautelar sendo definitiva e a antecipada como provisória- tabelas 1 e 2). A unificação de tratamento confere maior celeridade e efetividade a prestação jurisdicional, incluindo uma maior economia processual

Para facilitar a apreensão, colaciona-se o quadro esquemático elaborado por Rafael Alvim<sup>18</sup>:

#### **Tabela 4- Quadro esquemático da Tutela Provisória**

**Fonte:** <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/06/17/tutela-provisoria-no-novo-cpc/>

.A tutela provisória de urgência é regulada nos artigos 300 a 310 do novo Código de Processo Civil, nos artigos 300 a 302 estão contidas as disposições gerais, nos artigos 303 e 304 trata do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e nos artigos 305 a 310 trata do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

<sup>18</sup> ALVIM, Rafael. Tutela Provisória no Novo CPC. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/blog/>>. Acesso em: 01/07/2015.

Pela leitura das disposições gerais, se extrai a conclusão de que houve unificação dos requisitos para a concessão seja da tutela cautelar ou antecipada:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* tornaram-se requisitos específicos para a cautelar e a tutela antecipada, abandonando esta, a condição de prova inequívoca de verossimilhança.

Continuando, o Novo Código não faz mais qualquer distinção entre os procedimentos para o requerimento da cautelar e da antecipação, abandonando a sistemática anterior de autonomia do processo cautelar. A distinção de procedimento ocorre por razão do momento em que deve ser concedida a medida, se em caráter antecedente ou de modo liminar.

Nota-se que além da tutela cautelar destinada a assegurar o resultado final do provimento definitivo, existe a tutela antecipada do próprio mérito do processo principal. De modo que se pode falar em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória, estas de cunho satisfativo e aquelas de cunho preventivo.

Tanto a medida cautelar como a medida antecipatória representam provimentos de cunho emergencial adotadas em caráter provisório, distinguindo-se na sua substância, enquanto a primeira assegura a pretensão a segunda a realiza de pronto. Aproxima-se do direito europeu a regulamentação da tutela provisória no novo Código de Processo Civil.

Com isso, a nova sistemática processual civil extirpou todos os procedimentos específicos, ou especiais como queria alguma doutrina, das cautelares nominadas, passando a ser todas as cautelares inominadas.

Nesse diapasão, o que definirá a natureza da tutela de urgência a ser aplicada no caso concreto será a finalidade do provimento, ou seja, se for satisfazer o direito material para

eliminar risco de perecimento ou dano será uma tutela satisfativa (ou antecipada), e se tiver como objetivo acautelar estado de pessoa ou coisa a fim de garantir o resultado útil do processo ter-se-á tutela cautelar.

Assim, cabe ao juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, conceder a medida mais adequada. Essa ampla discricionariedade, que se infere da simplificação das tutelas de urgência, possibilita, inclusive, maior fungibilidade entre suas espécies já que exigem os mesmos requisitos para sua concessão, nesse sentido:

Art. 301 - A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

O juiz poderá exigir, para a concessão da tutela de urgência, caução real ou fidejussória idônea, a qual terá por finalidade garantir o ressarcimento dos danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente ou não puder oferecê-la (art. 300, §1º). O dispositivo guarda conexão com o artigo 302, que estabelece as hipóteses nas quais, sem prejuízo de eventual indenização por dano processual, a parte beneficiária da tutela de urgência responderá pelos prejuízos que a efetivação da medida houver causado à outra parte:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

O parágrafo único desse dispositivo ainda estabelece que a “indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”,

estabelecendo a eficácia executiva do provimento judicial que reconheça o dano sofrido pela parte que suportou a tutela de urgência.

A previsão contida no art.284 do projeto de Lei 166/2010 (em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz pode conceder medidas de urgência de ofício) não vingou no projeto substitutivo da Câmara (PL 8046/2010), não encontrando correspondente na Lei 13.105/2015.

Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Contudo, ainda se percebe uma ampliação do Poder Geral de Cautela conferido ao juiz, inclusive com o incremento da possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio* e *inaudita altera pars*.

Outro dispositivo que não vingou na forma como foi concebido na redação final do Código foi o art. 290 do Projeto de lei 166/2010, que estatua a estabilização dos efeitos da tutela concedida:

Art. 290. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva

Entretanto, a ideia do dispositivo supra citado foi consagrada no disposto no art. 296 e 304 e seus parágrafos. Este comando revela a perenidade da medida de urgência concedida em virtude da inércia da parte adversa, verdadeiro ônus processual, que em muito se assemelha aos efeitos da revelia:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

O dispositivo se refere expressamente à tutela antecipada. O instituto da estabilização dos efeitos da cautelar não foi estendido sua aplicação às cautelares, em virtude da primazia de sua nota instrumental, não obstante a homogeneização do tratamento conferido as medidas de urgência, que ainda guardam peculiaridades próprias de cada instituto.

Primeiramente, antes da análise da nova configuração assumida pela medida cautelar no novo Código de Processo Civil é indispensável um olhar para a legislação que está por ser revogada, a fim de se entender melhor as alterações que estão por vir.

## **7.1 Procedimento cautelar no Novo CPC**

Passando agora à análise do novo CPC, o requerimento de tutela cautelar pode ser incidente ou antecedente, estabelecendo o Código diferenças de requisitos e quanto ao procedimento, para as duas modalidades.

O Novo Código de Processo Civil não possui um título ou capítulo próprio para a tutela cautelar e para a tutela antecipada distintamente, mas institui um livro destinado a tutela provisória que engloba a tutela provisória de urgência, antecipada e cautelar, e de evidência.

O artigo 301 do Novo CPC apenas especifica que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Neste ponto se assemelha ao Código de Processo Civil de 39 ao fixar apenas os requisitos gerais da tutela de urgência cautelar, sem criar cautelares típicas com requisitos próprios.

Em relação à tutela cautelar em caráter antecedente, preferiu o NCPC adotar procedimento distinto.

A petição inicial “indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NCPC, art. 305, caput). O réu será citado para contestar o pedido de tutela provisória em 05 dias, indicando as provas que pretende produzir, situação na qual o procedimento comum deverá ser observado. Não contestando, presumir-se-ão aceitos os fatos alegados na exordial e o juiz deve decidir a tutela provisória em 05 dias (arts. 306 e 307)

A disciplina legal buscou suprir a lacuna deixada pela supressão do processo cautelar autônomo, posto que era necessário um mecanismo que pudesse ofertar a parte o



requerimento cautelar sem ter que demonstrar de plano o pleito principal, ou seja sem ter que demonstrar de plano as provas que pretende produzir. Nessa formatação, justifica-se a veiculação da pretensão cautelar mediante uma petição inicial proposta no bojo processual em que será formulado, posteriormente, o pedido de tutela definitiva, no juízo competente para o conhecimento do pedido principal, ao teor do já citado art. 299 do Novo CPC.

Nesse sentido previu o art. 305:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303

Na petição inicial poderá pleitear liminar *inaudita altera pars*, podendo o magistrado para concedê-la sem justificação prévia do requerido, exigir que o requerente garanta o juízo:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Será requisito da inicial a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consagrados na expressão probabilidade do direito e perigo de dano do supra citado art. 300.

A limitação da irreversibilidade da decisão continua a constituir requisito negativo apenas da tutela de urgência de natureza antecipa, pelo que se extrai do art. 300, §3º, já referido.

Destaca-se que haverá ainda a possibilidade de realização de justificação prévia para a concessão da tutela de urgência (art. 300, §2º).

Como requisito da exordial o valor da causa irá se referir aos pedidos da lide principal.

Ao analisar a peça inicial, caso o magistrado verifique a impossibilidade de concessão da cautelar por falta de elementos, poderá determinar a emenda, em analogia ao procedimento previsto para a tutela antecipada em caráter antecedente:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Não sendo necessária a emenda, ou após esta, o juiz determinará a citação do requerido, o qual disporá de cinco dias para contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir, sendo obrigatório constar no mandado de citatório a advertência de que, a não impugnação da decisão e/ou da liminar concedida fará com que haja a presunção de veracidade dos fatos, conforme disponha a legislação anterior, o comando foi repetido no art.250 e 306:

Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterà:  
II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

A previsão que continha o PL 166/2010 no artigo 281, § 2º (“deferida liminarmente a medida urgente ou evidente postulada em caráter antecedente ao pedido de tutela principal, não havendo impugnação pelo réu, após a sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.”) não prosperou na redação definitiva da lei 13.105/15, posto que, houve previsão da presunção de veracidade dos fatos ao invés da consagração da eficácia imediata da cautelar requerida:

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum

Assim, praticamente se adotou a sistemática anterior da aplicação dos efeitos da revelia quando da não contestação pelo requerido, abrindo mão de importante inovação que possibilitava não apenas a presunção de veracidade dos fatos alegado, mas ia além ao permitir que o juiz deferisse de pronto a cautelar requerida, prestigiando a efetividade. Essa era a ideia do projeto original que se extrai da Exposição de Motivos do Novo Código:

“A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.”

O prazo para contestar continua a ser da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido; ou de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, sendo computado da mesma maneira da estabelecida na legislação anterior:

Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados **excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.**

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

**II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação** ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

Com a contestação, conforme a disposição legal do art. 307, parágrafo único, será observado o rito comum ordinário, surgindo a possibilidade de procedimento instrutório, para, após, ser proferido o julgamento.

Nesse ponto há forte crítica doutrinária pelo tratamento uniforme das tutelas de urgência, visto que nesse momento (após a contestação) haverá uma análise do magistrado da plausibilidade do direito antes mesmo do pedido principal, explica-se, com a contestação do requerido o juiz ao analisar os requisitos para a concessão da cautelar irá se imiscuir na lide principal, uma vez que o *fumus boni iuris* representa a probabilidade do autor alcançar sucesso na lide principal.

Inovação trazida pelo art. 308 diz respeito a concretização do sincretismo processual, dado que, após a concessão da medida cautelar, o pedido principal será requerido nos mesmos autos da medida antecedente (que poderia, inclusive, ter sido realizado na petição inicial que requereu a concessão cautelar), sem necessidade de distribuição por dependência, prestigiando a celeridade processual:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Quando da inicial o autor, para requerer a tutela cautelar, deve que demonstrar o fundamento da lide principal, devendo formular, nos mesmos autos e sem novas custas, o pedido principal (que também poderá vir acompanhado de requerimento de tutela antecipada) no prazo de 30 dias, sob pena de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida (NCPC, arts. 308, caput e §§1º e 2º, e 309, I).

Com a concessão da cautelar surgiu a possibilidade de aditamento dos pedidos principais pela previsão exposta no §2º do art. 300.

Nessa momento, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou mediação, seguindo-se o rito previsto nos artigos 334 e 335 do Novo Código.

Cabe ressaltar que o Novo Código também previu hipóteses em que há perda da eficácia da medida cautelar:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Muito semelhante à previsão contida no art. 800 CPC/73:

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Além disso, “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição” (art. 310), já que constituem medidas independentes:

Observa-se, portanto, que, a depender da natureza satisfativa ou puramente cautelar, há uma diferenciação clara de procedimentos quando se tratar de uma tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente

Importa ressaltar que o recurso cabível da decisão liminar que concede ou denega a tutela provisória é o agravo de instrumento nos termos do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil. Da sentença que confirma ou revoga a tutela é cabível a apelação, artigo 1.009 do Código.

Ponto essencial diz respeito a falta de regulamentação específica para a cautelar requerida em caráter incidente, contudo algumas disposições gerais sobre as tutelas provisórias contidas nos artigos 294 a 299 do CPC conseguem suprimir a lacuna legislativa:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Quando requerida incidentalmente a medida cautelar funcionará como um incidente processual, devendo ser postulada por meio de petição própria e que será distribuída por dependência e sem o pagamento de custas, conforme dispõe o art. 295 e 299 da lei 13.105/05:

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória

será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

## **7.2 A cautelar e a tutela antecipada na lei 13.105/2015**

A tutela de urgência, espécie de tutela provisória, subdivide-se em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar, que podem ser requeridas e concedidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único). De tanto a doutrina tentar diferenciar as tutelas antecipada e cautelar, o resultado alcançado foi a aproximação entre essas duas tutelas jurisdicionais fundadas na urgência, isto é, na necessidade que seja dada uma solução, ainda que provisória, a determinada situação grave e que tem o tempo como inimigo.

Muito se discutiu sobre a diferenciação prática, e que possui inegável reflexo jurídico, entre tutela antecipada e tutela cautelar antes do advento da tutela antecipada (lei no 8.952/1994), mesmo depois dela e até a inserção do § 7º no artigo 273 do CPC/1973 (lei no 10.444/2002).

A clássica doutrina processualista concebia como nota distintiva fundamental do tipo de tutela cautelar a característica de resguardar a tutela definitiva, na preservação do contexto processual para uma futura e útil operação da tutela definitiva.

Contudo, as necessidades práticas sucumbiram esse arranjo ideal impondo a expansão das cautelares, surgindo cautelares ditas satisfativas.

Em virtude de, originalmente, o sistema de 1973 não permitir, via de regra, a possibilidade de uma tutela provisória, a praxe passou a se utilizar do procedimento cautelar para tal finalidade, o que para alguns constituía um verdadeiro desvirtuamento do instituto, pois, extravasaria seus estreitos limites.

Em virtude de tal ocorrência, começou a surgir diferenças entre cautelar propriamente dita - que resguarda o direito, colocando-o fora de risco – e a cautelar satisfativa, que satisfaz o direito subjetivo durante a marcha do processo.

Esta tendência tem respaldo em alguns julgados dessa época:

“PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR REFORMADO. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. RESTABELECIMENTO.

MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA. 1. A competência do juízo de primeiro grau para conceder Medida Cautelar deve ser afastada quando se busca atacar ato de autoridade, impugnável pela via do Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça. 2. A medida cautelar tem caráter nitidamente assecuratório, visando resguardar o perecimento do direito pelo decurso do tempo, sob pena de torná-lo inóquo; **somente em casos excepcionais, a jurisprudência reconhece o caráter satisfativo da Medida Cautelar** 3. Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp 210.664/CE, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/1999, DJ 27/09/1999, p. 113).

Contudo, este julgado se mostra minoritário na própria corte do STJ, a qual possui maior inclinação para a atribuição da característica meramente instrumental ao procedimento cautelar.

Com o surgimento da tutela antecipada no ordenamento processual (artigo 273 do CPC), a distinção persistiu na medida em que servia de individualizava os pedidos cautelares (resguardavam o resultado útil da decisão) daqueles que eram antecipatórios (antecipavam os efeitos de uma sentença favorável).

O Novo CPC, dando continuidade, também adota a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória, fundada em cognição sumária, da definitiva, baseada em cognição exauriente. Daí porque a tutela provisória (de urgência ou da evidência), quando concedida, conserva a sua eficácia na pendência do processo, mas pode ser, a qualquer momento, revogada ou modificada (art. 296). Ainda, cabe dizer que a competência para o seu conhecimento será do juízo da causa ou, quando requerida em caráter antecedente, do juízo competente para o pedido principal (art. 299), podendo o magistrado determinar as medidas que considerar adequadas para a sua efetivação (art. 297).

No Novo CPC houve uma acentuação das características distintivas entre cautelar e antecipação, na perspectiva da finalidade acautelatória ou satisfatória da tutela (artigos 303 e 305 do Novo CPC).

Embora seja perceptível a predisposição do legislador de tratar a tutela cautelar e antecipada conjuntamente como espécies de tutelas de urgência, em oposição à tutela de evidência, primando pela manutenção expressa da fungibilidade entre as elas (artigo 305, parágrafo único, do Novo CPC), o Código estabelece diferenciação procedimental para os



pedidos respectivos quando realizados de forma antecedente, conforme já exposto nos itens 5.2 e 5.3 supra.

Nesse sentido, o art. 300, caput, do Novo Código, traz os requisitos comuns para a concessão da tutela provisória de urgência (seja ela antecipada ou cautelar) quais sejam: a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Observa-se que o Novo CPC acertadamente abandonou a expressão “prova inequívoca da verossimilhança”, ainda presente no vigente art. 273 do CPC/73. A conclusão restou estampada no Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>19</sup>: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

O Código, em uma de suas maiores inovações na seara das medidas de urgência, estabeleceu a estabilização dos efeitos da concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (artigo 304 do Novo CPC), dispensando o processo principal. Dessa forma, se a tutela antecipada é concedida mas o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza e autoriza desde logo a extinção do processo. Tal efeito possui inspiração no *référé provision* do direito francês, o qual permite que o processo se baste com a concessão da tutela provisória. Na praxe, se verifica que muitas lides tem seu curso até essa fase, posto que, o réu, ciente de que não tem argumentos, opta por não prolongar a lide. Por efeito, o benefício é geral, para o autor que teve o seu pleito atendido e para a Justiça que evita um longo processo.

Pelo CPC de 2015, o réu só poderá rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada através de um novo processo, com a propositura de ação autônoma e desde que isso ocorra dentro do prazo de dois anos. Tal decisão, contudo, como é natural, não possui a qualidade da coisa julgada diante da inexistência de cognição exauriente. Um ponto merece destaque: a nova ação deverá ter o ônus probatório invertido (o ônus da prova deve permanecer com o autor originário, o qual agora será réu).

A tal mecanismo não foi atribuída à tutela cautelar. De fato, não obstante a aproximação sistemática e principiológica dos institutos, seria indefensável a aplicação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada à cautelar, principalmente do realce em seu traço instrumental.

---

<sup>19</sup> Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>

Outro traço distintivo se refere a irreversibilidade do provimento, limitação exclusiva da tutela antecipada (artigo 300, § 3º, do Novo CPC), antecedente ou incidental, não se aplicando à tutela cautelar.

Essas diferenças delineadas pelo Código, principalmente nos regramentos das tutelas pedidas de modo antecedente, trazem à baila a necessidade de distinção entre tutelas assecuratórias (cautelares) e satisfativas (tutela antecipada).

O juiz de posse do pedido de tutela urgente, requerido de maneira antecedente, deverá estabelecer a natureza da tutela requerida (cautelar ou antecipada), já que, em havendo fungibilidade entre ambas, no caso de incorreção do pedido feito pelo autor, haverá adaptação do requerimento e do procedimento *ex officio*, decisão atacável por meio do recurso de agravo de instrumento.

## 8 CONCLUSÃO

A busca por avanços na legislação do país é sempre providência salutar e bem-vinda, pois a todos interessa a existência de leis constitucionais e adequadas à realidade brasileira e, no caso específico do processo civil, que atendam às garantias constitucionais da celeridade processual e da razoável duração do processo.

Contudo, equivocada é a premissa de que apenas a modificação na legislação é capaz de alterar a natureza e a realidade das coisas. Não é com mudança de legislação, apenas, que serão melhoradas as condições da justiça brasileira e o tempo de duração dos processos, bem como a qualidade da prestação jurisdicional pelos juízes e tribunais do País.

O CPC vigente, de 1973, constitui-se como umas das leis processuais mais avançadas do mundo. A lei 13.105/2015, veio aprimorar a sistemática para tentar equacionar o problema do estoque dos processos nos escaninhos dos órgãos do Poder Judiciário, principalmente nos tribunais superiores.

Após vinte anos, o novo CPC adota um sistema muito mais simplificado. Ele unifica o regime, estabelece os mesmos requisitos para a concessão e traz a fungibilidade como característica das tutelas cautelar e preventiva.

A lei 13.105/2015 buscou reduzir o número de processos distintos, e que teologicamente possuíam a mesma finalidade, para desenvolver um modelo de processo compatível com a sociedade contemporânea, onde a simplificação do sistema permita ao magistrado centrar seus esforços no mérito da causa, mas não lhe sendo vedado, contudo, a resolução de questões secundárias que possuem ligação direta ou indireta com a lide, no bojo da mesma relação processual, otimizando os recursos judiciais e dando maior efetividade a prestação jurisdicional, consagrando o sincretismo processual, e nesse ponto, muito festejado pela doutrina processualista.

A tônica se deu em virtude da busca pela simplificação, conforme se depreende da exposição de motivos:

“Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora*. O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares”.

Percebe-se, ainda, a uniformização, bem como, dos requisitos autorizadores das tutelas de urgência. Tanto para a concessão da tutela satisfativa quanto para a cautelar, basta apenas a demonstração de elementos que evidenciem a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mesmo com a supressão dos procedimentos cautelares autônomos, se observa a preservação do objetivo primordial das tutelas de urgência: assegurar a efetividade da lide

principal que pode não subsistir diante o perigo decorrente da demora do julgamento do processo.

Todavia, esta não é uma concepção pacífica. Uma das maiores críticas que o projeto recebeu foi justamente a eliminação dos procedimentos cautelares específicos, em virtude de que poderia causar insegurança jurídica, ou ferir o contraditório e a ampla defesa devido a abreviação do rito de cognição.

Outra grande reprimenda que o Novo CPC terá de enfrentar diz respeito a ampliação dos poderes conferidos ao juiz, pois o magistrado terá uma ampla margem de escolha no caso concreto. Tal inovação encontra resistência, posto que se afigura como concentração excessiva de poderes nas mãos do julgador, a quem incumbirá a definição dos rumos do processo.

Ousa-se discordar deste posicionamento, tendo em vista que tais mudanças foram necessária ao sistema processual a fim de adequá-lo aos princípios e normas positivados no novo texto constitucional, em consonância com um modelo processual Cooperativos, mas consentâneo com a sociedade democrática do que os propostos pelos princípios do Dispositivo e Inquisitivo.

Pode-se sintetizar as principais alterações substanciais no âmbito da tutela de urgência em:

- a) extinção do processo cautelar autônomo e das medidas cautelares nominadas;
- b) uniformização da disciplina da tutela de urgência, ensejando a unificação do procedimento e requisitos para as tutelas cautelar e satisfativa;
- c) a possibilidade de requerer tutela de urgência satisfativa ou cautelar antes do pedido principal de tutela definitiva na mesma relação processual em que será formulado; e
- d) a possibilidade de tutela satisfativa de ofício;

Alguns autores externam certa preocupação quanto à extinção do processo cautelar autônomo e, conseqüentemente, da falta de disciplina procedimental específica das tutelas de urgência concedidas incidentalmente em processos de execução ou em fase executiva de cumprimento de sentença. Sustentam que tal inovação pode vir a constituir-se uma supressão do contraditório, inviabilizando a possibilidade de que a parte prejudicada apresente qualquer argumento capaz de influenciar a tomada de decisão por parte do magistrado. Dessa forma, pugnam por uma interpretação da nova legislação que respeite todos os princípios constitucionais e que seja garantido a adequada resolução da lide, levando-se em consideração

não cada um de forma isolada, mas como partes do sistema que é o ordenamento jurídico brasileiro, como forma de se alcançar a almejada justiça processual.

Contrariamente a posição desse doutrina, acreditamos que o que se tem por excesso de simplicidade, na verdade configura desburocratização dos procedimentos, com aptidão para concretizar o Devido Processo Legal na sua acepção substancial.

Outra crítica se baseia na insegurança jurídica discutida como um possível problema decorrente da extinção do processo cautelar. Insustentável tal questionamento em face ao cuidado da Comissão técnica de juristas responsáveis pela elaboração do Projeto de Novo CPC em elencar dispositivos que estiverem em conformidade com a Constituição Federal.

Tais mudanças tiveram o intento de promover um efetivo e adequado acesso à Jurisdição e a construção/ desenvolvimento de um processo que alcance a sua *ratio essendi*: entregar o bem da vida ao seu titular, prestigiando valores fundantes da ordem jurídica constitucional nacional: efetividade, duração razoável, adequação e segurança jurídica da prestação da tutela jurisdicional, em uma leitura, cada vez mais, constitucional do processo civil.

Nelson Nery Jr. sustenta o que o Novo “Código será autoritário, instalará a ditadura dos tribunais e descumprirá o já tão menosprezado direito de ação, garantia constitucional que deverá ser tratada como cláusula de algodão, porque de pétrea parece que não terá mais nenhum vestígio”<sup>20</sup>. A ilação do autor se fundamenta no maior prestígio dado pelo novel diploma a jurisprudência vinculante, inconcebível na sua visão em um estado constitucional.

Registra-se, finalmente, o aumento do poder de decisão do juiz, porém essas decisões deverão obedecer ao princípio da Motivação.

A aplicação das leis e/ou sua efetividade sofrem influências das mazelas culturais, econômicas e sociais próprias de país em desenvolvimento e que está caminhando a passos lentos para a estabilização das instituições democráticas.

O Novo CPC tem o relevante mérito de adaptar o processo à realidade de um país com uma nova Constituição (1988) e uma sociedade em transformação.

O desafio posto aos operadores do direito será o de bem compreender e aplicar da melhor forma possível as mudanças ocorridas nas tutelas de urgência para atingir os objetivos do código: da efetividade e celeridade.

---

<sup>20</sup> Avanços e retrocessos do novo CPC Nelson Nery Jr

## 9 SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS

Sugere-se como aprofundamento do tema, e para enriquecimento do debate, a elaboração de trabalhos futuros concernentes à supressão do processo cautelar e o cerceamento do Princípio do Contraditório.

De igual modo, mostra-se oportuno a investigação dos resultados práticos almejados pelas inovações legislativas se efetivaram na praxes, através de estudos quantitativos de casos de concessão de cautelares, confrontados, comparativamente, com o número de processos extintos sem julgamento do mérito nos processos cautelares do CPC/73.

Outra perspectiva, se fazer presente na persecução da eficácia dos provimentos judiciais perante a nova roupagem das cautelares.

De outra monta, o ensaio na praxe forense sobre a concretização da efetividade processual e da celeridade por meio das medidas de urgência mais informais e fungíveis se mostra muito profícuo e apto a colaborar com a avaliação das alterações, bem como controlar o cumprimento dos objetivos almejado, podendo sugerir, ainda, novas alterações legislativas que corrijam possíveis imperfeições averiguadas na prática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Rafael. Tutela Provisória no Novo CPC. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/06/17/tutela-provisoria-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 01/07/2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Ordinária PL 8046/2010. Revoga a Lei a nº Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 e institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A9C29AC7570FA409A7F0B43908079A92.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A9C29AC7570FA409A7F0B43908079A92.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)> . Acesso em: 10 de março de 2015. Texto Final.

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> . Acesso em: 21 de março de 2015

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Rideel**. 7ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014. p.19-115.

BRASIL, Lei n° 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum Rideel**. 19ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014. p.247-320.

BRASIL, Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acessado em 21-03-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial Repetitivo n.1.349.453/MS. Relator: SALOMÃO, Min. Luis Felipe. Publicado no DJe de 2-2-2015. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acessado em 15-03-2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 3- 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014

CRUZES, Maria Soledade Soares. O sincretismo do processo civil brasileiro: uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional. Vitória da Conquista-BA.2009 Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/854/861>>. Acesso em: 28/02/2015.



GUTIER, Murillo Sapia. Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias. Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias>>. Acesso em: 15/03/2015.

LONDETI, Luiz Roberto Dal Pont. O sincretismo processual e a execução dos títulos judiciais para pagamento de quantia no Direito Processual Civil Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2004. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luis%20Lodetti.pdf>>. Acesso em: 10/03/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel- Código de processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo; revistas dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_ e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_ e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo de Conhecimento- Vol. 2 - 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992.

MONTENEGRO, Misael, Filho. Curso de direito processual civil, vol. 3- 6º ed.- São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção- Manual de Direito Processual Civil- 5. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção- Novo Código de Processo Civil, São Paulo: Método, 2015.

NERY, Nelson, Jr. Avanços e retrocessos do novo CPC), 2015. Disponível em: <  
[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213604,81042-  
Avancos+e+retrocessos+do+novo+CPC](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213604,81042-Avancos+e+retrocessos+do+novo+CPC) > . Acesso em: 07/07/2015.

THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.