

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 850

(Ano X)

(21/04/2018)

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

### COLUNISTA DA SEMANA



17/04/2018 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Prisão antes do trânsito em julgado é inconstitucional e ilegal](#)

### ARTIGOS

20/04/2018 José Felipe Rangel da Silva

» [Os princípios aplicáveis aos serviços públicos](#)

20/04/2018 Rafael Pazos Dias

» [Teletrabalho, coworking e as novas dinâmicas laborais](#)

20/04/2018 Déborah Barreto de Souza

» [A Limitação da Livre Iniciativa nas Relações de Consumo pela Constituição Federal de 1988 sob a perspectiva da Nova Hermenêutica Constitucional](#)

20/04/2018 Maria Luiza de Moraes Kunert

» [Garantias constitucionais tributárias - uma análise do Art. 150 da Constituição Federal](#)

20/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Organização das Nações Unidas](#)

20/04/2018 Julyana Perrelli de Ayalla Doria

» [Incidência do ITBI sobre os contratos de promessa de compra e venda. Uma análise crítica da jurisprudência.](#)

19/04/2018 Rômulo de Andrade Moreira

» [O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal](#)

19/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [O exagero do foro privilegiado no Brasil](#)

19/04/2018 Kiyoshi Harada

» [ISS. Exame do subitem 14.14 da lista de serviços](#)

18/04/2018 Kessy Jhonnes Monteiro Rodrigues

» [Tutela jurídica dos direitos dos animais: efetividade das normas jurídicas à vedação aos maus-tratos](#)

18/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [O Direito Internacional Penal](#)

18/04/2018 thomas augusto ferreira de almeida

» [Impactos jurídicos do Sistema Brasileiro de Ciência, Tecnologia e Inovação](#)

18/04/2018 Almira Luiza Borba Corrêa

» [A sustentabilidade dos procedimentos digitais no Judiciário brasileiro e seus impactos na qualidade de vida](#)

17/04/2018 Roberta Silva dos Reis Simões

» [Contribuição de Melhoria: obstáculos e perspectivas futuras no Brasil e em Portugal](#)

17/04/2018 Nadine Finoti Campanhola

» [Crimes Virtuais Contra a Honra](#)

17/04/2018 Luiz Cesar Barbosa Lopes

» [A incongruência jurídica da cassação de mandatos por fraudes relacionadas à cota de gênero](#)

17/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [O direito internacional humanitário](#)

16/04/2018 Tiago Baltazar Ferreira Dantas

» [A abstrativização do controle difuso, overruling, mutação do art. 52, X CF/88](#)

16/04/2018 Ana Cláudia Martins Barbosa

» [Aborto: e sua evolução no Direito e na Sociedade](#)

16/04/2018 Pablo Castro Miozzo

» [Embriaguez ao volante: meios de constatação](#)

16/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Os desafios da educação no Brasil](#)

16/04/2018 Jânio Urbano Marinho Júnior

» [Pullman e Pinheirinho: reflexões a respeito da função social da propriedade e do instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho](#)

16/04/2018 Marcelo Gurjão Silveira Aith

» [A primeira condenação baseada no Direito Penal do autor: a de Jesus Cristo](#)

#### MONOGRAFIAS

16/04/2018 Carolina Cardoso Souza

» [A investigação criminal defensiva no direito brasileiro e o advento da Lei nº 13.245/16](#)

## **PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO É INCONSTITUCIONAL E ILEGAL**

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:** Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Está escrito no Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657/1942 - esclarece no seu Art. 6º, §3º:

“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

O Código de Processo Penal brasileiro, por sua vez, prescreve no seu Art. 283:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Como se vê, em nosso Direito pátrio, ausente os requisitos da decretação da prisão provisória ou cautelar, é inviolável e sagrado o direito de todo e qualquer cidadão e cidadã acusados de um delito a responder ao processo penal em liberdade até o seu trânsito em julgado.

Noutras palavras, além do Juízo de 1º Grau, é direito fundamental do acusado submeter a legalidade e constitucionalidade da sentença penal condenatória a exame do Tribunal de Justiça local, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, através dos recursos previstos

na legislação processual. Sem que o exercício dessa faculdade processual, por si só, importe na privação de sua liberdade.

Em nosso sistema judiciário a última palavra é dada pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe, assim, a Corte Constitucional examinar se o processo penal condenatório encontra-se eivado de algum vício processual ou material à luz da Constituição vigente. Esse controle também poderá ser exercido de modo concentrado pelo Supremo, com efeito geral para todos os casos semelhantes, como acontece nos julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de Repercussão Geral e *Habeas Corpus* coletivo.

Aliás, a tramitação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de Repercussão Geral e de *Habeas Corpus* coletivo a questionar a validade de determinada norma penal incriminadora no Supremo Tribunal Federal também é suficiente para autorizar a liberdade do acusado, mesmo operada a coisa julgada, pois a última palavra, como dito, deve ser dada pela Corte Suprema em sede de controle concentrado nestes casos.

Confira-se:

“Penal. Habeas corpus. Uso de pequena quantidade de entorpecentes. Liminar deferida. 1. O Plenário do STF (RE 635.659-RG) discute a constitucionalidade da criminalização do porte de pequenas quantidades de entorpecente para uso pessoal. 2. Paciente primário e de bons antecedentes que solicitou pela internet reduzida quantidade de entorpecente para uso próprio. Possível violação aos princípios da intimidade, vida privada, autonomia e

proporcionalidade. 3. Liminar deferida” (HC 131310 MC/STF).

De toda a sorte, não existe nenhuma previsão no Direito brasileiro que dê suporte à prisão definitiva antes do trânsito em julgado. Prisão provisória ou cautelar é outra história.

Admitir a prisão definitiva em 2ª Instância equivale a dar as costas ao nosso ordenamento constitucional e legal vigente. E mais do que isso, é tornar o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal em meros órgãos judiciários chanceladores dos Tribunais Estaduais, já que a medida derradeira e extrema da privação da liberdade já deve ser levada a efeito em 2º Grau de jurisdição (tutela antecipatória).

Enquanto houver previsão expressa no texto de nossa Constituição da garantia de acesso à jurisdição especial e extraordinária, levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, respectivamente, ninguém poderá ser preso senão em virtude de prisão provisória ou cautelar.



## OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

**JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA:**  
Graduado em Direito pela PUC-RJ.  
Especialista em Direito Público pela UCP-RJ.  
Servidor público federal.

**RESUMO:** O presente artigo tem o escopo de demonstrar a imprescindibilidade da observância dos princípios na prestação dos serviços públicos. Busca-se atrelar a homenagem a tais princípios à concretização dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviços Públicos. Sentidos. Critérios. Conceito. Princípios. Generalidade. Continuidade. Eficiência. Modicidade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Serviço Público. 3. Princípios aplicáveis: 3.1. Princípio da Generalidade. 3.2. Princípio da Continuidade. 3.3. Princípio da Eficiência. 3.4. Princípio da Modicidade. 3.5. Outros Princípios. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

A noção de serviço público está intimamente ligada com o conceito de interesse coletivo. Desta forma, o Estado tem a obrigação de prover os serviços públicos à sociedade em geral, propiciando o bem público.

Assim, ao conceder um serviço público, conforme será analisado neste artigo, a Administração Pública está diante de um compromisso coletivo e deve visar sempre o interesse público, garantido os direitos constitucionais de todas as pessoas. Para isto deve homenagear os princípios aplicáveis.

### 2. Serviço Público

A expressão serviço público possui dois sentidos: um subjetivo e um objetivo. Quanto ao primeiro, é analisado sob o enfoque de quem executa o serviço público. Já em relação ao sentido objetivo, o serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e por seus agentes.

A partir do sentido objetivo, sob o qual a doutrina desenvolve seus estudos, emergem três critérios: o orgânico, o formal e o material.

Segundo o critério orgânico, também conhecido como subjetivo, serviço público é o prestado diretamente pelo Estado. Este é tido como ultrapassado, em decorrência da possibilidade de prestação indireta de serviços públicos através de delegação da prestação dos serviços a particulares.

O critério formal analisa o regime jurídico do serviço prestado. Assim, será serviço público qualquer atividade que ofereça utilidade material à sociedade, prestada sob o regime de Direito Público. Porém, certas vezes, são utilizadas regras de Direito Privado na prestação de serviços públicos, como quando prestados por Sociedades de Economia Mista ou por Empresas Públicas.

Já o critério material afirma que certas atividades, em decorrência de sua natureza, devem ser consideradas públicas. Assim, seria considerado serviço público toda atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades da coletividade. Cabe citar, que este critério não abrange todas as possibilidades, pois há atividades essenciais prestadas por particulares sem regime de delegação como a educação em escolas particulares e também existem serviços dispensáveis, prestados como serviço público, como as loterias.

Desta maneira, não existe um conceito uniforme que defina os Serviços Públicos, já que os diversos critérios apresentados influem na conceituação dos mais conceituados doutrinadores.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.<sup>[1]</sup>

Por sua vez, o ilustre professor Manuel Messias Peixinho, conceitua o serviço público como:

A despeito da insuficiência dos conceitos e das classificações adotadas pela doutrina, pode-se com finalidade exclusivamente didática definir serviço público como prestação material reconhecida como serviço público,

criada por ato normativo de autoridade pública competente (constituição, lei em sentido formal e ato administrativo) e pela jurisprudência, que visa à satisfação de determinado bem ou valor considerado de interesse coletivo, prestado pelo estado ou por delegatário.[2]

Assim, serviço público pode ser definido como toda a atividade exercida direta ou indiretamente pelo Poder Público com o escopo de prover necessidades essenciais do cidadão, da sociedade em geral e do próprio Estado.

### **3. Princípios**

Os princípios servem como guias norteadores para a análise de uma determinada matéria e são imprescindíveis para a correta aplicação do determinado pelas normas jurídicas. Segundo Miguel Reale “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. [3]

Desta forma, é necessário apresentar neste trabalho os princípios reguladores da prestação dos serviços públicos, que são: a generalidade, a continuidade, a eficiência e a modicidade.

#### **3.1. Princípio da Generalidade**

É também conhecido como princípio da igualdade dos usuários. Segundo o Princípio da Generalidade os serviços públicos devem visar atingir o maior quantitativo possível de pessoas, sem discriminação entre os usuários. Ou seja, os serviços públicos devem buscar a universalização dos serviços públicos, respeitando assim a aplicação do princípio constitucional da impessoalidade, disposto no art. 37 da CRFB, “in verbis”:

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:

(...)

Cabe salientar que o princípio da impessoalidade, representa um vertente da isonomia. Assim, a Administração deve ter como objetivo somente o interesse público e não ter como escopo o interesse privado. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade.

É latente que para a Administração Pública respeitar o princípio da generalidade e assim atingir o maior número de pessoas são necessários recursos que o Estado muitas vezes não possui. Desta forma, conforme será exposto adiante, o esforço conjunto empreendido, sob a forma de uma Parceria Público-Privada, pelo Estado e pelos particulares são uma solução para a escassez de recursos estatais que impedem a correta prestação de serviços públicos, garantidos pela Constituição Federal, desde que observados os limites devidos.

### **3.2. Princípio da Continuidade**

O serviço público deve ser acessível e prestado de forma contínua. Este princípio exige a prestação de forma ininterrupta do serviço, para que a coletividade possa satisfazer suas necessidades.

O princípio não impede a interrupção justificada da prestação do serviço que pode ocorrer por motivos de ordem geral, como força maior como também por situações que derivem de uma situação emergencial ou ainda após um prévio aviso em decorrência de razões de ordem técnica e segurança das instalações (conforme disposto pelo art 6, parágrafo 3º, inciso I, da Lei 8.987 de 1995).

Todos os princípios têm como escopo a prestação adequada dos serviços públicos, tendo neste aspecto, destaque especial o determinado pelo princípio da continuidade. Cabe transcrever abaixo, o art. 6º da Lei 8.987/95:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

É importante lembrar que há grande controvérsia em relação à interrupção na prestação do serviço em decorrência do não pagamento pelo usuário. José dos Santos Carvalho Filho, ao se referir à relação Estado-usuário, afirma que:

Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que se sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões de serviços públicos. Tratando-se, no entanto de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impôs coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida.<sup>[4]</sup>

Em regra, a suspensão do serviço será admissível se este for remunerado por preço público (tarifa), mesmo que possua natureza compulsória. Por outro lado, existem decisões que entendem ser inadmissível a suspensão do serviço quando o usuário é o Poder Público, sob o argumento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

No REsp 628.833-RS do STJ [5], este procurou conciliar a situação de inadimplência e a natureza do devedor. O Município, em caso de inadimplência no pagamento de tarifa, poderá ter seu fornecimento de energia elétrica suspenso para determinados órgãos, como bibliotecas, ginásios esportivos e depósitos, mas não poderia ter suspenso o fornecimento de energia para hospitais, escolas e usinas, por exemplo. Ainda neste sentido, o STJ no REsp 460.271 SP, fixou a impossibilidade de suspensão em razão da natureza da atividade exercida pelo órgão ou entidade pública, excluindo a possibilidade de corte para os serviços essenciais.

Vale afirmar, que muitas vezes, por deficiências estruturais geradas em decorrência da falta de recursos ou da má administração do Estado para manter os serviços, estes acabam não sendo prestados de forma contínua. As parcerias público-privadas caso empregadas corretamente, podem garantir melhores condições técnicas e de manutenção para os serviços públicos de maneira geral, possibilitando assim a consolidação na prática do princípio da continuidade dos serviços públicos.

### **3.3. Princípio da Eficiência**

De acordo com este princípio a prestação do serviço público deve se dar de modo que atenda efetivamente as necessidades da coletividade, do usuário e do Estado, com o maior aproveitamento possível e com baixo custo.

A Constituição Federal impõe que os particulares colaboradores têm a obrigação de manter adequado o serviço público que executarem, conforme previsto pelo art. 175, parágrafo único, da CFRB, “in verbis”:

Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A eficiência, portanto, exige que a atividade seja realizada observando determinados padrões de qualidade. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Para que os padrões de qualidade sejam juridicamente exigíveis, é necessário que se definam parâmetros legais, para que sua satisfação possa ser aferida, como, por exemplo, sob critérios de tempo, de recursos empregados, de generalidade do atendimento ou das respostas dos usuários (*feed-back*), pois, como já se esclareceu, o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, de outro modo chegar-se-ia ao arbítrio na atividade de controle.<sup>[6]</sup>

### **3.4. Princípio da Modicidade**

Este princípio visa impedir que o fator econômico, ou seja, que o custo se torne um fato impeditivo para a fruição do serviço público pela coletividade. Assim, a modicidade está associada à acessibilidade, exigindo que a política tarifária (CRFB art 175, parágrafo único, inciso III) obedeça aos recursos econômicos dos usuários dos serviços públicos.

Segundo Sérgio de Andréa Ferreira, este princípio:

Traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos.<sup>[7]</sup>

Cabe salientar que o princípio da modicidade é corolário do princípio da generalidade, pois caso seguido à risca irá propiciar o mais amplo acesso ao serviço por parte da coletividade.

### **3.5. Outros Princípios**

Além dos princípios supracitados, a doutrina reconhece a existência de outros princípios, tais como:

- Princípio da regularidade – além de contínuo, o serviço público deve ser prestado de modo regular, ou seja, sem apresentar variação apreciável das características técnicas de sua prestação aos usuários.
- Princípio da atualidade – também conhecido como princípio do aperfeiçoamento. A Administração tem a obrigação de aproveitar na prestação de serviços os avanços científicos e tecnológicos, que irão propiciar uma melhora na qualidade da prestação. É um corolário do princípio da eficiência.
- Princípio da cortesia – os usuários são os destinatários dos serviços públicos, desta maneira existe um dever legal, além de um dever, obviamente, moral, de tratá-los de modo urbano e educado, recebendo um atendimento adequado.

### **4. Conclusão**

Conclui-se destacando a importância da aplicação prática dos princípios ao ser prestado o serviço público. Apenas desse modo serão homenageados os ditames do postulado máximo da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CRFB/88; CADH e DUDH), concretizando-se os direitos fundamentais.



## 5. Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privada em Portugal. In: Revista de Direito Público na Economia, n.4. Belo Horizonte: Fórum, out-dez 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. Serviços Públicos Delegados, Fonte de Custeio e Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos. 10 ed. Campos dos Goytacazes: Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2007, v. , \_\_\_\_\_. As Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro e no Brasil: Instrumentos de concretização de Políticas Públicas e de Direitos Fundamentais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2006.

Superior Tribunal de Justiça, Resp 628.833 – RS, 1ª Turma, Rel Min. JOSÉ DELGADO, em 22.06.2004 (Informativo STJ nº 215, em julho de 2004).

---

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38

[2] PEIXINHO, Manoel Messias. Serviços Públicos Delegados, Fonte de Custeio e Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos. 10 ed. Campos dos Goytacazes: Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2007, v. , p. 111-128.

[3] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 303.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.360.

[5] STJ, REsp 628.833 – RS, 1ª Turma, Rel Min. JOSÉ DELGADO, em 22.06.2004 (Informativo STJ nº 215, em julho de 2004).

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 418.

[7] FERREIRA, Sérgio de Andréa. Direito Administrativo Didático. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.235.

## TELETRABALHO, COWORKING E AS NOVAS DINÂMICAS LABORAIS

**RAFAEL PAZOS DIAS:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho.

**RESUMO:** A inserção do capítulo II-A na CLT, efetuada pela Lei 13.467/2017, regulamentou o instituto do teletrabalho. Com pontos positivos para empregado e empregador, tal modalidade possibilita redução de custos para o empregador e economia de tempo para o empregado, que não despenderá tempo no deslocamento casa-trabalho-casa. No entanto, embora seus benefícios sejam claros, necessária uma leitura mais aprofundada, com vistas a não permitir que seja mais uma forma de retirada de direitos do trabalhador. O presente trabalho tem como escopo fazer uma análise histórica, trazendo as modificações recentemente aprovadas, com uma análise crítica e fundamentada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teletrabalho. Coworking. Jornada de Trabalho. Meio Ambiente Laboral.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão.

### 1. Introdução

Como todo processo dinâmico, as relações de trabalho sofreram profundas modificações ao longo da história. Desde as corporações de ofício, surgidas na Idade Média com o intuito de regulamentar o processo produtivo artesanal das cidades, passando pelo desenvolvimento industrial dos séculos XVIII e XIX, até os dias de hoje, trabalhadores e patrões se adequaram e readequaram a diferentes configurações de sistemas e modelos.

Tomando como base a Revolução Industrial, destacavam-se à época as grandes empresas, em porte econômico e tamanho físico, para as quais se deslocavam trabalhadores de todas as partes para ali laborarem, levando consigo suas famílias e formando os grandes centros industriais.

A classe operária, portanto, migrava para as cidades formando núcleos urbanos que apresentaram, desde sua origem, um crescimento populacional

desordenado. A falta de planejamento gerou no Brasil, notadamente nos grandes centros, uma forte especulação imobiliária, tornando os imóveis próximos às fábricas muito caros, levando a grande massa operária para as periferias.

A sobredita especulação, de início, afetou principalmente os trabalhadores, que tiveram que se instalar em locais distantes e, na maior parte das vezes, mal servidos de transporte público.

Nesse sentido, segundo pesquisa realizada pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro – FIRJAN [1] na cidade do Rio de Janeiro, o trabalhador perde, em média, duas horas e vinte e um minutos por dia no trajeto de ida e volta ao seu trabalho.

Além do prejuízo financeiro - na avaliação dos pesquisadores, só no Rio, o dano à economia foi estimado em R\$ 19 bilhões – tal situação diminui, sobremaneira, a qualidade de vida do indivíduo que passa cada vez menos tempo com sua família e em atividades de lazer.

## **2. Desenvolvimento**

Diante de tal cenário, a Lei 12551/2011 alterou o Art. 6º da CLT, que passou a assim prever:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A recente reforma trabalhista (Lei 13467/2017) introduziu o Capítulo II-A na Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador alterando a regulamentação e trazendo novos contornos a este instituto.

Desta forma, o estabelecimento de relações de trabalho remotas, impulsionadas pelo desenvolvimento da tecnologia da informação surge como uma possibilidade, agora normatizada, de se reduzir custos e, ao mesmo tempo, garantir, em tese, uma melhor qualidade de vida ao trabalhador. Assim ficou estabelecido:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Urge ressaltar que a própria norma afirma que o trabalho pode vir a ser realizado nas dependências do empregador, desde que tal situação ocorra de maneira eventual. Ademais, diferencia o teletrabalho do trabalhador externo, aquele que não possui um local de trabalho fixo.

Ressalte-se, ainda, que a nova redação da CLT prevê regras para o contrato de trabalho nesta modalidade, que deve ser escrito, assim como a possibilidade de alteração do regime presencial para o teletrabalho, que neste caso exige acordo mútuo, bem como a alteração do teletrabalho para o presencial, por iniciativa do empregador, observando-se o período mínimo de quinze dias para transição.

Evidentemente, por não estar sujeito a controle de jornada, não faz o teletrabalhador jus às horas extraordinárias. Tal situação, em alguns casos, pode levar o trabalhador a laborar por horas a fio, muitas vezes mais do que trabalharia dentro do ambiente de trabalho, sendo cobrado unicamente por metas estabelecidas pelo empregador, independentemente da carga horária necessária para atingi-las. Uma dúvida que daí exsurge é a seguinte: e se houver possibilidade de controle de jornada, mediante uso de *login* e senha, por exemplo, haveria direitos às horas extras? A lei não traz esta resposta.

No entanto, dispõe o Enunciado 71 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA):

SÃO DEVIDAS HORAS EXTRAS EM REGIME DE TELETRABALHO, ASSEGURADO EM QUALQUER CASO O DIREITO AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 62, III E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA CLT CONFORME O ART. 7º, XIII E XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O ARTIGO 7º, "E", "G" E "H" PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS ("PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"), PROMULGADO PELO DECRETO 3.321, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999, E A RECOMENDAÇÃO 116 DA OIT.

Assim, verificado o efetivo controle de jornada, faz jus o trabalhador à sua limitação.

Outrossim, ainda existem outras questões a serem respondidas, como por exemplo a utilização de equipamentos e dispositivos necessários à execução dos trabalhos objeto da relação de emprego. O art. 75-D estabelece que tais utilidades devem ser objeto de avenças específicas relativas à responsabilidade pela aquisição, fornecimento, uso e manutenção, sendo vedada a sua integração à remuneração do empregado. Ocorre que tais necessidades podem vir a onerar o trabalhador pelo uso de energia elétrica, pacote de internet, por exemplo, e tal regulamentação não é trazida pela lei, mas sim deverá constar apenas do contrato de trabalho.

Salientam MAURICIO GODINHO DELGADO e GABRIELA NEVES DELGADO (2017, p.139) que “o fato é que a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relativos ao contrato empregatício e à prestação de serviços nele contratada cabem ao empregador, ao invés de ao empregado. Isso é o que deflui do próprio conceito de empregador explicitado pela ordem jurídica. De

fato, o art. 2º, caput, da CLT, enfatiza ser empregador "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço" (grifos acrescidos). Nesse quadro, a regra do art. 75-D da CLT tem de ser interpretada em harmonia com a regra do art. 2º, caput, da mesma CLT, colocando sob ônus do empregador esses custos inerentes ao teletrabalho”

O teletrabalho demonstra, por seu turno, que as inovações tecnológicas nas relações de trabalho se por um lado podem trazer benefícios para os dois polos da relação empregatícia, por outro lado, ainda depende de muita análise e discussão. Fato é, no entanto, que introduz uma nova forma dinâmica laboral na sociedade.

Nesse mesmo passo, de forma ainda mais arrojada, apresenta-se o chamado “*coworking*”. A ideia é aproximar empresas e pessoas em um ambiente colaborativo e compartilhado. Nesses espaços, se juntam profissionais autônomos ou até mesmo setores empresariais que se utilizam de um mesmo ambiente e estrutura para desenvolvimento de seus negócios, implicando em menos burocracia e menos custos.

O “*coworking*” e o teletrabalho se solidificam, portanto, em um panorama no qual as crises econômicas e a especulação imobiliária, já citada, deixam de impactar apenas os trabalhadores e começam a causar desconforto para as empresas, que visam enxugar seus gastos através de medidas mais contemporâneas e originais.

### **3. Conclusão**

Não se pode olvidar, no entanto, todo o ideal principiológico que permeia o Direito Trabalhista, não se afastando, assim, da razoabilidade e da proteção ao trabalhador, sob pena de o avanço se transvestir em um verdadeiro retrocesso.

A interpretação dessas novas regras não podem redundar em mera retirada de direitos, devendo ser realizada sempre uma filtragem constitucional, com vistas a evitar resultados absurdos. Tudo sempre à luz do Princípio da Primazia da Realidade.

#### 4. Referências Bibliográficas

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/11/trajeto-casa-trabalho-leva-ao-menos-duas-horas-em-oito-capitais-diz-firjan.htm> acessado em 19.04.2018

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, .A *Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei 13467/2017*, RT, 2017, p. 139

Publicada em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/11/trajeto-casa-trabalho-leva-ao-menos-duas-horas-em-oito-capitais-diz-firjan.htm>

Nota:

[1]Publicada em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/11/trajeto-casa-trabalho-leva-ao-menos-duas-horas-em-oito-capitais-diz-firjan.htm>



## **A LIMITAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

**DÉBORAH BARRETO DE SOUZA:**

Advogada, formada em direito pela Universidade Federal de Sergipe (2008) e pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera - UNIDERP /REDE LFG. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e do Consumidor.

**Resumo:** O presente trabalho tem como desígnio investigar alguns aspectos da constitucionalização do direito do consumidor no contexto do Brasil e da Constituição Federal de 1988. Busca-se analisar como a hermenêutica pode resolver a colisão do princípio da defesa do consumidor inserto no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, ambos da Constituição Federal com o princípio da livre iniciativa ou da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da CF. Será proposto que a autonomia da vontade, ou seja, a liberdade de contratar não é absoluta, pois encontra limitação no Direito do Consumidor e no fato de que o risco da atividade deve ser assumido pelo fornecedor, como contrapartida da livre iniciativa. A hermenêutica constitucional fornecerá as diretrizes para resolver os conflitos de consumo, através de uma visão principiológica contida nos preceitos constitucionais, consoante uma metodologia operacional e interpretativa reflexa da Lei Fundamental.

**Palavras-chave:** Hermenêutica Constitucional. Constitucionalização do Direito Infraconstitucional. Defesa do Consumidor. Livre Iniciativa.

**Abstract:** Abstract: The present study aims to investigate some aspects of the constitutionalization of consumer law in regard of Brazil's and the Federal Constitution of 1988's contexts. It seeks to analyze how hermeneutics can resolve the collision of the principle of consumer protection insert in art. 5, XXXII, and art. 170, V, both of the Federal Constitution with the principle of free initiative and free competition laid down in art. 170, IV of the Constitution. It will be proposed that the autonomy of the will, or freedom of contract, is not absolute, since it is limited in consumer law by the fact that the risk of the activity must be assumed by the supplier, as a downside of for free initiative. The constitutional hermeneutics

provide guidelines for resolving consumer's disputes, through a principled vision contained in the constitutional provisions, as an operational and interpretative methodology reflection of the Fundamental Law.

**Key-words:** Constitutional Hermeneutics. Constitutionalization of ordinary law. Consumer Protection. Freedom of Contract. Free Initiative.

**Sumário:** Introdução. 1. Proteção Constitucional do Consumidor no Brasil: Da Constituição Imperial de 1824 à Constituição de 1988. Princípios Gerais da Ordem Econômica - da Defesa do Consumidor e da Livre Iniciativa e Concorrência 3. A Colisão entre os Princípios Constitucionais da Defesa do Consumidor e da Livre Iniciativa e a Aplicação da Nova Hermenêutica Constitucional na Interpretação Constitucional Protetiva ao Direito do Consumidor. Considerações Finais. Referências.

---

## Introdução

O presente artigo trata do aparente conflito entre dois princípios constitucionais: a defesa do consumidor e a livre iniciativa ou livre concorrência, mais especificamente no âmbito das relações de consumo.

Com efeito, a defesa do consumidor constitui norma fundamental desde sua inserção no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, ocasionando uma imposição ao Estado de tutelar os direitos do consumidor, como forma de garantia da própria dignidade da pessoa humana.

No entanto, não se pode olvidar da previsão do princípio da livre concorrência no art. 170, IV na CF/88, no tocante aos princípios da ordem econômica. Tal princípio não possui valor absoluto, uma vez que o legislador constitucional prescreveu a defesa do consumidor no inciso seguinte, como limite à atividade capitalista.

Diante da possível colisão entre o princípio da livre concorrência e o da defesa do consumidor, a hermenêutica constitucional tem que intervir no sentido de resolver qual princípio deve prevalecer. Todavia, já se acena, pela própria dinâmica constitucional de proteção à dignidade humana, que a conduta do fornecedor nunca poderá atentar contra os direitos básicos dos consumidores, por se tratar de um direito fundamental.

A questão aventada se torna mais evidente quando se analisa o direito do consumidor no Comércio Eletrônico.

O Direito do Consumidor no âmbito digital é situação relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, que ainda não possui uma codificação própria até o presente momento, em que pese a notícia de que haverá inúmeros dispositivos legais sobre o assunto numa futura reforma do Código de Defesa do Consumidor<sup>[1]</sup>.

O consumidor atual já é digital e as normas do mundo real são obviamente aplicáveis ao ambiente virtual, com as devidas adaptações. Portanto, a discussão que ali se trava é fundamentalmente de interpretação jurídica e não de defesa de uma atuação do legislador infraconstitucional para elaborar um código de comércio eletrônico.

Em realidade, a base do problema corresponde a uma simples questão de contratos entre fornecedores e consumidores e a ponderação de qual princípio constitucional deve prevalecer: a livre iniciativa ou a defesa do consumidor.

O problema de colisão de princípio existe porque a própria defesa do consumidor como princípio da ordem econômica infiltra-se como valor na iniciativa privada e na intervenção estatal no domínio econômico, de maneira que se torna indissociável à atividade econômica. Destarte, o intérprete não pode aplicar cegamente o princípio da defesa do consumidor em todo caso concreto, sob pena de inviabilizar a livre iniciativa, igualmente protegida através de princípio constitucional.

Propõe-se, assim, neste trabalho, analisar a colisão dos princípios da livre concorrência e a defesa do consumidor, buscando modos de harmonizá-los por meio da nova hermenêutica constitucional, uma vez que se defende que ambos, como princípios da ordem econômica, são fundamentais para se alcançar um Estado Social e Democrático de Direito.

Ademais, justifica-se a escolha do tema do presente estudo em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional, que, com a subordinação do Direito Privado ao Direito Público – evidenciando a intervenção estatal própria do Estado Social – impôs ao Direito do Consumidor, como direito positivo infraconstitucional, a busca de seus fundamentos de validade nos preceitos constitucionais.

## **I. A Proteção Constitucional do Consumidor no Brasil: Da Constituição Imperial de 1824 à Constituição de 1988.**

Para Adolfo Mamoru Nishiyama, historicamente, a proteção do consumidor está relacionada com o aparecimento da sociedade de consumo, quando houve o reconhecimento de que aquele é vulnerável em face dos grandes grupos econômicos.<sup>[2]</sup>

A inserção de dispositivos de proteção ao consumidor nos textos constitucionais, consoante Nishiyama, é um fenômeno recente, cuja primeira aparição, para o autor, ocorreu na Constituição espanhola de 1978.<sup>[3]</sup>

No Brasil, por seu turno, a proteção constitucional do Direito Consumidor foi efetivamente prevista na Constituição Federal de 1988. Contudo, algumas normas de constituições anteriores podem ser apontadas como preceitos precursores da preocupação do legislador constituinte em propiciar um mínimo de cobertura à parte hipossuficiente na relação de consumo.

A primeira previsão de norma constitucional que conferia certa proteção consumerista, embora de maneira indireta, foi encontrada na Constituição de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

**XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.**<sup>[4]</sup>

A norma supra não consiste em pura norma consumerista, mas pelo fato de proibir comércio, indústria, cultura e trabalho que atentem contra os cidadãos em sua segurança e saúde, bem como contra os costumes públicos, já estabelecia aquela Lei Fundamental do Império um núcleo básico de direito fundamental da dignidade humana, que também acabava por atingir o consumidor, apesar de que, à época, tal princípio jurídico não fora contemplado no texto constitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio referente ao mandamento de respeito ao próximo, denotando-se aí sua origem religiosa, que foi transformado por Kant, na filosofia em imperativo categórico.[5]

Com efeito, para Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles: individuais, políticos e sociais[6].

Nesse diapasão, o direito do consumidor, obviamente inserido nesses direitos fundamentais como veremos adiante, tem como seu núcleo a dignidade da pessoa humana, a qual neste caso exerce o papel de consumidora.

Nesse sentido, Bruno Miragem esclarece que o reconhecimento dos direitos básicos do consumidor, assim como também dos direitos da personalidade dos consumidores em uma relação de consumo, está voltado para o sentido de proteção, via legislativa, da integridade da pessoa humana, nas diferentes posições jurídicas que assume na vida de relações, pois, no caso dos direitos básicos do consumidor, o objetivo é preservar a pessoa humana consumidora em suas relações jurídicas e econômicas concretas, protegendo seu aspecto existencial e seus interesses legítimos no mercado de consumo.[7]

A proteção conferida pela Carta Magna de 1824 aos cidadãos em seus costumes públicos, em sua segurança e saúde transparece, portanto, um núcleo mínimo de direito do consumidor, mesmo que pareça restrito à integridade física e psicológica, pois aqueles são os sujeitos que assumem as posições jurídicas de consumidores na vida de relações como aduziu Miragem.

Em sequência, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, que inaugurou o período republicano no País, nada prescreveu acerca de garantias aos consumidores.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 foi a primeira Lei Fundamental do País a tratar de direito de consumidor, *in verbis*:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX - legislar sobre:

(...)

i) comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; **normas gerais sobre** o trabalho, a produção e o **consumo**, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público;[\[8\]](#)

Trata a norma constitucional supra da competência privativa da União para legislar em normas gerais sobre consumo, de maneira que reconhece a relação de consumo como uma área merecedora de legislação específica, com autonomia própria. Tal dispositivo merece destaque como norma precursora do Direito das Relações de Consumo.

Oportuna ainda a transcrição dos seguintes dispositivos da Constituição de 1934:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da **Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.**

Art. 117 - **A lei promoverá o fomento da economia popular**, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - **É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.**[\[9\]](#)

Os preceitos constitucionais supracitados acabam proteger o consumidor indiretamente ao limitar a liberdade econômica, de maneira que seja possível uma

existência digna a todo, e ao fomentar a economia popular, bem como ao proibir a usura.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, mais conhecida como a Constituição Polaca, implantada por Getúlio Vargas, quando da ditadura do Estado Novo, nada prescrevia expressamente acerca de Direito do Consumidor. Todavia, pode-se citar um dispositivo que indiretamente poderia ser utilizado para proteger o hipossuficiente consumidor:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.** A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (grifo nosso).[\[10\]](#)

Com efeito, o dispositivo supra poderia ser utilizado para resolver os conflitos advindos dos fatores da produção, que geralmente se finda, como sabemos, na relação de consumo. Todavia, diante do caráter autoritário do regime ditatorial da época, a intervenção estatal preconizada em verdade atendia apenas interesses de grupos políticos dominantes e que se colocavam ao lado de Vargas.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi bem menos tímida na proteção do consumidor, uma vez que representou o fim da ditadura Vargas, com a retomada da democracia e das liberdades individuais dos cidadãos. Sobre a defesa do consumidor, direta e indiretamente, no texto constitucional, pode-se elencar tais dispositivos:

Art. 5º - Compete à União:

(...)

XV - legislar sobre:

(...)

c) produção e **consumo**;

Art. 15 - Compete à União decretar impostos sobre:

(...)

II - **consumo de mercadorias**;

(...)

**§ 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.**

**Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.**

**Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.**

**Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.**

**Art. 154 - A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei. [11]**

As normais constitucionais citadas demonstram que a Constituição de 1946 tinha como objetivo conciliar a liberdade de iniciativa com e a justiça social e o interesse público, o que acentuou o caráter de norma programática[12] de tais preceitos.

De fato, a Constituição de 1946 trouxe em seu bojo praticamente todas as disposições que haviam sido previstas nas constituições anteriores e foi além: abriu caminho para uma maior intervenção estatal no âmbito do direito



concorrencial, protegendo, assim, o consumidor hipossuficiente, conforme art. 148 supra.

Todavia, antes que tais normas pudessem ser efetivamente e amplamente implementadas através da citada intervenção estatal ou da edição de normas infraconstitucionais, ocorreu o Golpe Militar de 1964. A partir daí a Constituição de 1946 começou a ser emendada a ponto de se descaracterizar. Com a suspensão de sua vigência pelo Ato Institucional nº 1, a Constituição de 1946 foi por fim substituída pela Constituição de 1967, instituída por força do comando do Ato Constitucional n.º 4.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi um retrocesso para a defesa do consumidor. Apenas os seguintes dispositivos podem ser citados:

Art. 24 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal decretar impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 40, de 1968)

§ 6º - **Os Estados isentarão do imposto sobre circulação de mercadorias a venda a varejo, diretamente ao consumidor, dos gêneros de primeira necessidade que especificarem**, não podendo estabelecer diferença em função dos que participam da operação tributada.[\[13\]](#)

Sobre a ordem econômica, a Constituição de 1967 assim prescreveu:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- I - liberdade de iniciativa;
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III - função social da propriedade;
- IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
- V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.<sup>[14]</sup>

Como se depreende dos dispositivos colacionados acima, a Constituição de 1967 estava pautada pela intervenção estatal no domínio econômico, com o escopo de estabelecer monopólios, mormente por motivo de segurança nacional ou para organizar setores da economia pouco produtivos.

Nesse raciocínio, a Constituição de 1967 estava essencialmente voltada para o Direito Concorrencial, visando o equilíbrio econômico, principalmente quando prescreve no inciso IV do art. 157 como princípio a - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção. Todavia, a defesa do consumidor realmente ficou em segundo plano.

A Emenda Constitucional nº 1/69 - que deu nova redação à Constituição de 1967 e é, por isso, considerada por muitos, apesar ser formalmente uma emenda, uma nova Constituição de caráter outorgado - manteve o mesmo paradigma intervencionista da Constituição de 1967, com ênfase no direito concorrencial, e apenas reproduziu quase literalmente os preceitos do texto constitucional anterior.

Com a redemocratização do País, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou da proteção de consumidor com grande destaque, consagrando o Direito Consumerista explícita e implicitamente em diversos dispositivos constitucionais.

Em que pese a existência de normas constitucionais anteriores precursoras do direito do consumidor, como foi proposto neste artigo, autores como o já citado Nishiyama e Cláudia Lima Marque atribuem à Constituição Vigente a inauguração de uma nova figura jurídica: o Direito das Relações de Consumo.<sup>[15]</sup>

Consoante Nishiyama, de fato, são inúmeros dispositivos da Constituição de 1988 que merecem destaque no tocante ao Direito do Consumidor, desde o art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V, e 48 do ADCT que expressamente prescrevem a proteção ao consumidor, como também o art. 24, inciso VIII, que estabelece competência concorrente à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor; o art. 150, parágrafo 5º, consoante o qual a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca

dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços; o art. 175, parágrafo único, inc. II, o qual determina que a lei disporá sobre o direito dos usuários de serviços públicos; o art. 220, parágrafo 4, o qual prescreve que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso e o art. 221 que dispõe sobre as diretrizes a serem observadas na produção e difusão de programas e rádio e televisão. [\[16\]](#)

Acerca dos princípios consumeristas implícitos na Constituição Nishiyama aponta o direito à igualdade, o direito de resposta, o direito ao acesso à informação, ao devido processo legal, como outros instrumentos de proteção ao consumidor. [\[17\]](#)

No próximo tópico serão discutidos mais especificamente dois específicos princípios constitucionais de defesa do consumidor inseridos no art. 5º, inciso XXXII, que transformaram a proteção ao consumidor em direito fundamental, e no art. 170, inciso V, o qual prescreveu a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, ambos em contraponto com o princípio da livre iniciativa (art. 1º inciso IV e art. 170, caput) e da livre concorrência (art. 170, inciso IV).

### **Princípios Gerais da Ordem Econômica - da Defesa do Consumidor e da Livre Iniciativa e Concorrência.**

Como já apontado, a Constituição Federal de 1988 incluiu a defesa do consumidor como direito fundamental no seguinte dispositivo do TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – e Capítulo I – dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos:

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

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [\[18\]](#)

O legislador constituinte, ao prescrever a defesa do consumidor no Título II da Constituição Federal 1988, no qual estão situados os direitos e garantias fundamentais, conferiu àquela o status de norma fundamental[19].

Nesse sentido, leciona Bruno Miragem que a caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro surge da sua localização na Constituição de 1988, no artigo 5º, XXXII, que determina expressamente: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Insere-se a determinação constitucional, pois, no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, do Título II. “Dos direitos e garantias fundamentais”. Para o Autor, como primeiro efeito desta localização topográfica do direito do consumidor no texto constitucional, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do mencionado preceito constitucional neste setor privilegiado da Constituição, a rigor, coloca-o a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído.[20]

Tal dispositivo constitucional existe em razão de ter a tutela ao direito do consumidor surgido como resposta à massificação social, denotando-se daí o seu caráter intervencionista, uma vez que busca proteger a parte hipossuficiente do fornecedor representado pelas grandes corporações.

Nesse ponto explica Sérgio Cavalieri Filho que a massificação da produção, do consumo e da contratação deixou o consumidor em desvantagem, porque à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido e até praticamente eliminado. Como o consumidor passou a não ter acesso direto ao fabricante, aquele ficou submisso aos contratos por adesão, cujas cláusulas e condições eram preestabelecidas ao gosto do fornecedor, de sorte a não lhe deixar alternativa que não aquela de aceitar as condições preestabelecidas, sob pena de não ter acesso aos produtos e serviços de que necessitava.[21]

O resultado desse contexto de hipossuficiência do consumidor, por conta da desigualdade na sociedade de consumo, explica a existência do direito consumerista, destinado a regular as trocas econômicas massificadas, protegendo a parte vulnerável, ou seja, as pessoas que adquirem produtos ou serviços.

A proteção constitucional do consumidor que colocou a sua defesa como direito fundamental traz como escopo, destarte, eliminar essa desigualdade entre

fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo, vinculando o Estado Brasileiro a uma atuação positiva, que é a defesa do consumidor na forma da lei, consoante o próprio art. 5º, inciso XXXII da Constituição.

A lei mencionada no dispositivo supra é repetida pelo art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” [\[22\]](#)

O prazo do artigo supracitado não foi cumprido, vez que a Constituição foi promulgada em 05.10.1988 e a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, somente entrou em vigor em 11 de março de 1991, conforme art. 118 do próprio Código de Defesa do Consumidor, três anos depois.

O art. 1º da citada Lei nº 8078/90 - Código de Proteção e Defesa de Consumidor - também faz remissão expressa à Constituição, mais especificamente ao art. 5º, XXXII, regulamentando, conforme comando constitucional, a defesa do consumidor como direito fundamental:

Art. 1º - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas disposições transitórias. [\[23\]](#)

Consoante o artigo supracitado, o Código de Defesa do Consumidor está imbuído de princípios imperativos, em razão da origem constitucional do Código.

Segundo o art. 1º do Código Consumerista, as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social. Desta forma, as normas de proteção ao consumidor possuem natureza de normas cogentes, indisponíveis e inafastáveis, de aplicação imperativa, que independente da vontade das partes, podendo o juiz aplicá-las de ofício.

A prescrição do legislador infraconstitucional ao dispor que as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são de ordem pública e de interesse social, teve como escopo evidenciar a função social da Lei 8.078/90.

Tal função social significa que as normas de proteção ao consumidor possuem o intuito de restaurar ou assegurar o equilíbrio entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo.

Como dito anteriormente, a defesa do consumidor do consumidor é um direito fundamental. Portanto, tal direito confere ao consumidor um direito subjetivo público geral aplicável às relações privadas, ou seja, não devem ser respeitados somente pelo Estado, que deve tutelar os interesses dos consumidores, atuando positivamente, mas também devem ser observados nas relações indivíduos e /ou empresas privadas.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques entende que o Direito Privado sofreu uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta e que muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, ganharam uma relevância jurídica nova e um consequente controle estatal, que já outrora chamado de “publicização o direito privado” é, hodiernamente denominado de Direito Civil Constitucional, a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.<sup>[24]</sup>

Ademais, o art. 170, inciso V, a defesa do consumidor também é prevista, mas ali como princípio da atividade econômica<sup>[25]</sup>.

Bruno Miragem aduz que se verifica caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica, pois, segundo ele, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, mas, ao contrário, com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio.<sup>[26]</sup>

Nishiyama também pontua que a defesa do consumidor do consumidor consagrada na Magna Carta é um tipo de princípio programático que necessita de uma ampla política pública através das chamadas normas-objetivo, acarretando que

os poderes públicos possuem certa liberdade para atingir esse objetivo com a implementação de normas.[\[27\]](#)

Logo, a localização da defesa do consumidor no art. 170 confirma o caráter de direito fundamental e acrescenta uma imposição ao Estado de desenvolvimento de uma política nacional de relações de consumo, que atenda as necessidades dos consumidores e vise harmonizar os conflitos com os fornecedores.

Ocorre que há dois outros princípios da ordem econômica previstos na Constituição de 1988 que deverão ser considerados no momento da aplicação da liberdade de atuação do Estado no tocante tanto à relação de consumo quanto à regulação de mercado: o princípio da livre iniciativa (art. 1º inciso IV e art. 170, caput) e da livre concorrência (art. 170, inciso IV), *in verbis*:

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

(...)

**IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**

Art. 170. **A ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes **princípios**:

(...)

**IV - livre concorrência;**[\[28\]](#)

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos**, salvo nos casos previstos em lei.

Como se depreende dos dispositivos acima colacionados, a livre iniciativa é um valor social previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no

inciso IV do art. 1º da CF, mas também é princípio da ordem econômica, no inciso IV do art. 170.

Indaga-se o motivo de ter o Legislador Constituinte de 1988 disposto sobre a livre iniciativa em dois dispositivos constitucionais, de maneira a soar como repetição.

José Afonso da Silva escreve que o princípio da livre iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Para o Autor, este princípio consta do artigo 170 como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.<sup>[29]</sup>

O tratamento constitucional dado à livre iniciativa deve ser compreendido de acordo com a lição de Eros Roberto Grau: “A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. (...) Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.<sup>[30]</sup>

A previsão da livre iniciativa pela Constituição de 1988 tanto no artigo 1º, inc. IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, quanto no artigo 170, *caput*, como fundamento da ordem econômica, portanto, possibilita o entendimento de que aquela não se restringe apenas à liberdade de desenvolvimento da empresa, consoante ditame de fundo capitalista.

A livre iniciativa, então, além de consistir em liberdade de empresa e de trabalho, também é um valor social que precisa se harmonizar com o Estado Democrático de Direito e com a dignidade da pessoa humana (art. 1º), e tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

O princípio da livre iniciativa, portanto, enseja obrigações de caráter negativo e positivo para o Estado. Nas obrigações de cunho negativo, o Estado tem que se abster de intervir, salvo quando ordenado pela Constituição, de maneira a respeitar a autonomia da esfera privada. Nas obrigações de caráter positivo, Estado terá que intervir, com estímulo à economia, quando necessário para garantir a existência da liberdade de contratar, da autonomia privada.

Ademais, o princípio da livre iniciativa tem como corolário o princípio da livre concorrência, que também é princípio da ordem econômica (art. 170, inciso IV da CF).



Significa livre concorrência a situação em que se busca proporcionar chance iguais aos particulares para a disputa e êxito nas leis de mercado e no desenvolvimento nacional. É o chamado direito de permanecer no mercado.

Paulo Sandroni sintetiza aduzindo que a livre concorrência é “uma situação do regime da iniciativa privada em que a empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”.<sup>[31]</sup>

Diante dos princípios fundamentais e de ordem econômica acima expostos, como então compatibilizar a interpretação constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência com o princípio da defesa do consumidor? Haveria realmente uma colisão de princípios? Tais questionamentos serão a seguir analisados.

### **3. A Colisão entre os Princípios Constitucionais da Defesa do Consumidor e da Livre Iniciativa e a Aplicação da Nova Hermenêutica Constitucional na Interpretação Constitucional Protetiva ao Direito do Consumidor**

Aparentemente, haveria uma antinomia, uma colisão entre o intervencionismo estatal de proteção ao consumidor com a livre iniciativa, pois não há hierarquia entre tais princípios, de forma que a solução de qual deve prevalecer não se encontra nas regras da hermenêutica tradicional. A nova hermenêutica prega que ambos devem ser harmonizados.

Nessa altura do trabalho será necessário, portanto, um mergulho mais profundo no campo da nova hermenêutica constitucional para que se entenda como deve ser empreendida tal harmonização para solucionar o impasse de qual princípio deve prevalecer na interpretação jurídica.

Desde a promulgação do Código de Proteção Defesa do Consumidor, momento em que o princípio constitucional da Defesa do Consumidor ganhou realmente vida, iniciaram-se grandes discussões judiciais acerca de sua aplicação ou não em determinadas situações.

Pontue-se, novamente, como foi defendido no tópico anterior, que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social e são, destarte, normas cogentes, indisponíveis e de aplicabilidade imperativa, justamente em decorrência da própria origem constitucional.

Logo, os antigos critérios de interpretação jurídica (anterioridade, especialidade e temporalidade), não são suficientes nem se coadunam com o perfil das normas consumerista.

Nesse ponto, a interpretação jurídica necessita seguir o paradigma da interpretação constitucional que, hodiernamente, segue um novo paradigma, em que a colisão de normas constitucionais é solucionada através de técnicas de ponderação, de harmonização de princípios, com a utilização do princípio da proporcionalidade[32] e seus critérios da proporcionalidade em sentido estrito, da adequação e da necessidade, pois a Constituição é uma unidade sistêmica que impõe respeito à coerência de seus preceitos.

Em outras palavras, quando o método sistemático é aplicado fora do âmbito da Constituição, o intérprete pode se orientar por critérios cabalmente hierárquicos. Entretanto, quando aquele método é aplicado à própria Constituição, o intérprete já não pode se servir dele, porque as normas constitucionais originárias não se relacionam por graus hierárquicos, pois todas possuem o mesmo perfil impositivo e a mesma hierarquia em razão de que uma não retira da outra o seu fundamento de validade.

Nesse sentido, Carlos Ayres Brito aduz que dentro da Constituição, cada norma vai buscar sua justificativa axiológica e sua *raison d'être* operacional em outra norma, não de hierarquia superior, porém de mais dilargado raio de alcance material, em razão de sua maior densidade valorativa. Para o mencionado Autor, de preceito para princípio e de princípio menor para princípio maior, a Constituição ganha unidade sistêmica.[33]

Diante desse entendimento, a primeira indagação que se faz é: qual seria o princípio maior e o menor no caso de colisão entre defesa do consumidor e livre iniciativa?

Para Brito, ambos os princípios são menores em relação ao princípio base por excelência de toda constituição: a democracia. A democracia para ele é o *megaprincípio*. Diante dessa perspectiva o Autor aduz que a Democracia é o único valor que perpassa *os poros todos da axiologia constitucional* (valor subjacente a tudo o mais), no sentido de que enquanto processo ou via de formação e deliberação de norma jurídico-primária (Democracia Formal), compreende e legitima a produção em si de todas as leis em

sentido material, sejam quais forem os conteúdos dessas leis e enquanto fim ou objetivo de toda norma jurídico-primária a mesma (Democracia Substancial), incorpora a positivação de valores que se marquem por uma densa vertente popular (tanto no campo institucional como na área das franquias individuais dos direitos sociais).<sup>[34]</sup>

Se para Carlos Ayres Britto, em sua obra *Teoria da Constituição*, o megaprincípio da Constituição de 1988 é a democracia, para grande parte da doutrina brasileira, o valor fundamental do ordenamento jurídico do País é o princípio da dignidade da pessoa humana, corrente a qual este trabalho segue, uma vez que se percebe no valor da dignidade humana um postulado, um valor muito mais amplo do que o valor da democracia.

Nesse sentido preleciona Daniel Sarmento que o princípio da dignidade da pessoa humana é o epicentro axiológico da ordem constitucional, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e baliza não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.<sup>[35]</sup>

José Afonso da Silva corrobora o pensamento de Sarmento explicando que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) e se propaga por toda a Constituição. Para ele, se é fundamento é porque consiste num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Logo, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas é também da ordem política, social, econômica e cultural, decorrendo daí a natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.<sup>[36]</sup>

A teoria da colisão de princípios, portanto, vai ao sentido de que não existe um princípio absoluto: nem o princípio da defesa do consumidor nem o princípio da livre iniciativa o são. De fato, existem apenas princípios prioritários que vão prevalecer a depender do caso concreto desde que realizem ou não perturbem o valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Segundo Eros Grau, o momento de atribuição de maior peso a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele pondera-se o direito inteiro, como totalidade.<sup>[37]</sup> Em outras palavras Grau quis dizer que a escolha do

intérprete tem que se pautar pela sistemática do Direito, que no caso em tela, significa a unidade sistemática da própria Constituição, uma vez que a discussão tratada aqui se refere a princípios constitucionais.

Voltando à colisão dos princípios da defesa do consumidor com o da livre iniciativa, importa mencionar que também o art. 170 da Constituição Federal de 1988 menciona a existência digna em seu caput.

Logo, a dignidade humana além de ser um dos fundamentos da República Brasileira, em razão do art. 170, também acarretará implicações na ordem econômica do País.

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana desponta não só como fundamento da Constituição, mas como finalidade da própria ordem econômica: pois esta deve concretizar, ou no mínimo contribuir para, uma existência digna a todos.

Cláudia Lima Marques concorda aduzindo que prevê o art. 170 efetivamente que a ordem econômica tem como fundamento a livre iniciativa e como um dos seus limites constitucionais justamente a defesa do consumidor (inc. V), assim como a livre concorrência (inc.IV). Para a Autora, em face da nova força da Constituição, a determinar a ordem pública e a interpretação de todas as normas do sistema, a coerência deste mesmo sistema exige que o aplicador da lei harmonize os princípios constitucionais aparentemente contraditórios como a defesa do consumidor e liberdade de iniciativa econômica. Marques conclui que antinomia entre eles é aparente e desejada pelo próprio Constituinte, pois da tese e antítese nascerá a síntese, ou seja, a interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição, com a consequente relativização de dogmas e postulados considerados absolutos, como a própria autonomia da vontade nos contratos e a liberdade de contratar.<sup>[38]</sup>

Assim, a Autora traduziu o intuito do Legislador Constituinte de 1988 ao prescrever os princípios da defesa do consumidor e da livre iniciativa e da livre concorrência: não há hierarquia entre eles, pois todos estão voltados para os objetivos do texto constitucional: o de conferir uma existência digna a todos. Essa avaliação de qual princípio deve prevalecer terá que ser feita pelo intérprete no caso concreto, mas com observância da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a nova hermenêutica constitucional proporciona uma melhor harmonização de princípios em colisão. Luís Roberto Barroso esclarece que nela se assenta *“um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.”*<sup>[39]</sup>

Assim, é possível aplicar uma norma do Direito Civil em detrimento de uma norma do Código de Defesa do Consumidor, quando aquela se mostrar mais adequada em atender à sistemática da Constituição de atender ao princípio fundamental da pessoa humana.

Exemplo disso é a Súmula nº 412 do STJ, segundo a qual a ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto se sujeita ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. Nesse caso há relação de consumo entre usuários e concessionárias de água e esgoto, mas no Código Civil o prazo prescricional é de 10 anos, conforme art. 205 do CC/02<sup>[40]</sup>. Para o CDC, o prazo nesse tipo de ação é de 5 anos (art. 27 do CDC). Pela Súmula, a jurisprudência tem decidido aplicar o prazo decenal do Novo Código Civil por ser mais favorável ao consumidor, em combinação com o art. 7º e 27º do próprio CDC<sup>[41]</sup>.

A tarefa do intérprete em analisar qual princípio deve prevalecer nas relações de consumo é mais densa do que aparenta, pois o direito do consumidor não existe para acabar com a livre iniciativa. Pelo contrário, a defesa do consumidor, quando harmonizada com a liberdade de contratar, pode trazer um aperfeiçoamento à economia.

Consoante Marques, quando a liberdade contratual era considerada um princípio absoluto, inúmeros abusos ocorriam, originados pela liberdade plena de um dos contratantes – o fornecedor – e da ausência de liberdade do outro – o fornecedor.<sup>[42]</sup>

À luz desse entendimento, a defesa dos consumidores está vinculada ao princípio da livre iniciativa e conseqüentemente da livre concorrência, e devem ser interpretados no contexto constitucional, reitere-se, harmonicamente, com o fim de uma existência digna para todos.

A harmonização das relações de consumo e da própria ordem econômica de acordo com o sentido da Constituição obedece assim ao que Lênio Streck preconizou de ver na Constituição um existencial, pois segundo ele: “quando interpreto um texto, o sentido da Constituição já está comigo, manifestando-se no meu modo de compreender o mundo.”<sup>[43]</sup> Streck propõe que a tarefa da hermenêutica é justamente trazer a manifestação do fenômeno da Constituição, para desvelar seu conteúdo, seu significado.<sup>[44]</sup>

A grande virada da nova hermenêutica constitucional, segundo Barroso, deu-se a partir da constatação de que as normas jurídicas em geral<sup>[45]</sup>, e as constitucionais em particular, não possuem um único sentido, cabendo ao intérprete ponderar nesses casos difíceis de inúmeras soluções, e fazer concessões recíprocas entre os princípios, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em colisão, para proceder à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por ser mais adequado à vontade constitucional.<sup>[46]</sup>

O sentido da Constituição ao dispor sobre a defesa do consumidor, a livre iniciativa e da livre concorrência foi de impor ao intérprete um esforço intelectual de buscar qual a solução mais consentânea com a vontade do Constituinte. Essa vontade pode não ser imediatamente clara no texto em abstrato ou em cada caso concreto, mas ela necessariamente está voltada para o projeto de existência digna para todos.

### **Considerações Finais**

O objetivo deste trabalho foi demonstrar que desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988, a defesa ao consumidor e a livre iniciativa foram instituídos como princípios, mesmo que indiretamente como nas primeiras leis fundamentais, que traduziam a vontade dos legisladores constituintes de buscar uma harmonia social e econômica para o Brasil.

A colisão dos princípios, todavia, somente ganhou contornos mais definidos com a Constituição de 1988, a qual prescreveu com maior ênfase normas de cunho consumerista.

As normas constitucionais de defesa ao consumidor foram complementadas abundantemente pelo CDC, que tornou ainda mais palpável a proteção conferida pelo texto constitucional.

A conclusão a que se chega é a de que a Constituição Federal de 1988 objetivou a compatibilização entre a livre iniciativa com a ideia de dignidade humana, denotando-se, destarte, tanto uma preocupação de manter equilibrada a economia de mercado, quanto uma preocupação com o consumidor, que no texto constitucional não é visto singularmente, mas como uma comunidade, uma coletividade merecedora de proteção.

Com efeito, é mais que óbvio que o consumidor representa o destinatário final da economia e da própria concorrência dos fornecedores. Logo, para haver um equilíbrio econômico, é necessária a proteção dos interesses dos consumidores através de políticas públicas que possibilitem uma harmonização, pois um interesse não pode se sobrepor ao outro sob pena de ferir a meta constitucional de construir uma ordem econômica justa.

A defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica e como direito fundamental, representa o núcleo da dignidade humana aplicada à ordem econômica, de modo a mitigar os abusos que a aplicação absoluta dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência poderia ocasionar.

Assim, a política econômica desejada pela Constituição de 1988 e aplicada às relações de consumo e concorrenciais importará sempre na proteção à dignidade humana.

### **Referências**

Agência Senado. *Anteprojeto de Reforma do Código de Defesa do Consumidor é apresentado no Senado*. Revista Eletrônica Última Instância. Disponível em: Acesso em 02.05.2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)*. Disponível em: > [Acesso em: 20.05. 2012.](#)

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 24.05.2012.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: Acesso em 25.05.2012.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: Acesso em: 25.05 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 26.05.2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 27.05.2012. 2012.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2012.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 08.06.2012.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 34.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor. Fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2008.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. 2ª ed. São Paulo. Editora Best Seller, 1999.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Disponível em: . Acesso em: 02.06.2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

NOTAS:

[1] Agência Senado. *Anteprojeto de Reforma do Código de Defesa do Consumidor é apresentado no Senado*. Revista Eletrônica Última Instância. Disponível em: Acesso em 02.05.2012. Sobre o comércio eletrônico pontua o relator do anteprojeto Herman Benjamin: “O comércio eletrônico representa hoje não apenas bilhões de reais, mas seu crescimento é exponencial. Ele favorece o consumidor, mas, para crescer, é necessário privacidade das informações do consumidor e segurança nas transações”.

[2] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23-24.

[3] Idem, p. 26.

[4] BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)*. Disponível em: > [Acesso em: 20.05. 2012.](#)

[5] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

[6] *Idem*, p. 251.

[7] MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor. Fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2008, p. 118.

[8] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 24.05.2012.

[9] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 24.05.2012.

[10] BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm). Acesso em 25.05.2012.

[11] BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso em: 25.05.2012.

[12] Para José Afonso da Silva, as normas programáticas ou normas de eficácia limitada de princípio programático são aquelas que denotam o caráter compromissório das constituições que estão inseridas num contexto de transição de um Estado Liberal para um Estado Interventor. In: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 106 e seguintes.

[13] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 26.05.2012.

[14] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 26.05.2012.

[15] Nesse sentido: NISHYAMA aduz: “(...) Se antes da Constituição Federal de 1988 as relações de consumo eram regidas pelas leis civil e comercial, agora o Poder Constituinte originário criou um novo ramo do direito nas relações de consumo, dando maior destaque à parte mais vulnerável, que é o consumidor. As relações de consumo, a partir da Carta de 1988, passaram a ter autonomia própria, sendo a sua regulamentação distinta do direito comum. Essa autonomia é verificada expressamente na própria Lei Maior, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.” (In: A proteção constitucional do Consumidor, 2002, p. 3). No mesmo entendimento, MARQUES: “A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado (Direitos Fundamentais, art. 5º, XXXII)”. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 510.

[16] Ver BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 27.05.2012 e NISHYAMA, 2002, p. 83.

[17] NISHIYAMA, 2002, p. 83/84.

[18] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 27.05.2012.

[19] Robert Alexy escreve sobre norma de direito fundamental: “*Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação*”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 68.

[20] MIRAGEM, 2008, p. 35.

[21] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7.

[22] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 03.06. 2012

[23] BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2012.

[24] MARQUES, 2002, pag. 512.

[25] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 03.06. 2012.

[26] MIRAGEM, 2008, p. 41.

[27] NISHIYAMA, 2002, p. 141.

[28] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: . Acesso em: 03.06. 2012.

[29] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005, p. 767.

[30] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 34.

[31] SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. 2ª ed. São Paulo. Editora Best Seller, 1999, p. 118-119.

[32] Segundo Barroso: o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. (BARROSO, 2009, p. 283)

[33] BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82.

[34] Idem, p. 89.

[35] SARMENTO apud Barroso, p. 251 (nota de rodapé).

[36] SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Disponível em: . Acesso em: 02.06.2012.

[37] GRAU, 2002, p. 177.

[38] MARQUES, 2002, p. 514.

[39] BARROSO, 2009, p. 386.

[40] Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Ver: Brasil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 08.06.2012.

[41] Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2012.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2012.

[42] MARQUES, 2002, p. 11.

[43] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 197.

[44] Idem, p. 198-199.

[45] Sobre normas jurídicas e sua divisão entre normas e princípios, sintetiza Eros Grau: “Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios - entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito.” (p. 39). As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*.’ (p. 152). “Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.” (p. 152). “Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.” (pág. 158). In: GRAU, 2002.

[46] BARROSO, 2009, p. 207-3011.

## **GARANTIAS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIAS - UMA ANÁLISE DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**MARIA LUIZA DE MORAES KUNERT:**

Pós Graduada em Direito Tributário e Direito Administrativo. Exerce o cargo público efetivo de Especialista em Regulação na Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e é membro da Comissão de Ciência e Tecnologia da OAB/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tece comentários ao art. 150 da Constituição Federal, mostrando as principais garantias instituídas pela Carta Magna em favor dos contribuintes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Direito Tributário. Garantias Constitucionais. Art. 150 da Constituição Federal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O artigo 150 da Constituição Federal e as garantias constitucionais-tributárias. 3. Conclusão. Referências.

---

### **I. INTRODUÇÃO**

Remete-se ao ano de 1215, ano da edição da *Magna Charta Libertatum*, na Inglaterra, as primeiras garantias dadas ao contribuinte, em contenção ao poder absoluto dos monarcas quando da formação dos estados nacionais. Com esse diploma, nasceu a primeira limitação constitucional ao poder de tributar, o primeiro princípio do Direito Tributário, o da legalidade, que proibia ao rei recolher dinheiro do povo sem aprovação do parlamento.

Evoluindo às sociedades modernas, como forma de limitar a atuação dos governantes, o constitucionalismo passa a prever diversos princípios na mais importante das normas jurídicas. Desta forma, as normas de organização dos Estados passaram a reconhecer as primícias básicas da tributação, constitucionalizando os elementos fundamentais da atuação fiscal. (BELTRÃO, 2009). Essas limitações do poder de tributar constituem-se garantias fundamentais do contribuinte.

Não poderia deixar de ser diferente com as Constituições brasileiras, que desde a Carta Imperial de 1824 dispõe, em seu art. 36, que os impostos serão criados por lei e que a iniciativa é da Câmara dos Deputados:

Art. 36. E' privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa.

I. Sobre Impostos. (BRASIL, 1824)

Partindo destas premissas, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – CF88, estabelece o poder de tributar do Estado Brasileiro diante dos particulares que se encontram em seu território, bem como as contenções a este poder, em face dos contribuintes.

É da lição de Irapuã Beltrão:

Hoje, como assunto materialmente constitucional, a definição do poder de tributar, suas limitações e repartições entre os entes políticos estarão sempre previstos em normas do texto político e este conhecimento básico permitirá o posterior avanço do estudo. Por este simples motivo já se pode reconhecer que estudar o Direito Tributário é na verdade cuidar de uma parte da Constituição, que obviamente cuidará das medidas do Estado na arrecadação de valores. (BELTRÃO, 2009)

Insta-se frisar que a própria Carta da República identifica como garantias asseguradas ao contribuinte, em seu art. 150 as principais limitações do poder tributário do Estado:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013) (BRASIL, 1988)

As garantias postas ao contribuinte, para Ives Gandra da Silva Martins, não são efetivas limitações ao poder de tributar. Referindo-se à redação anterior da CF88, o Douto Autor assevera:

Nem por isto representa nítida limitação ao poder de tributar. Nas discussões que tiveram lugar entre o anteprojeto inicial da Subcomissão de Tributos e o projeto final aprovado pelo Plenário, houve sensível prevalência da voracidade fiscal, que caracteriza os políticos brasileiros, incidente sobre os direitos dos contribuintes, que os sustentam.

Levados tais legisladores, talvez, pela visão de que poderiam ganhar, facilmente, aquilo que os contribuintes conseguem com dificuldade, sendo os poderes tributantes constituídos de máquinas inchadas, com notável vocação para o desperdício de dinheiro público retirado do setor privado, tais constituintes, entre o excelente anteprojeto aprovado pela Subcomissão e o publicado no dia 5 de outubro de 1988, ofertaram desconcertante “contribuição de pioria” para reduzir tais direitos dos contribuintes àqueles que tinham os escravos da gleba, perante os senhores feudais, na Idade Média. Isto porque são os governadores do Brasil de hoje verdadeiros senhores feudais do século XX, com marcante tendência ao arbítrio, o mais das vezes sustado pela atuação serena e superior do Poder Judiciário. [MARTINS, 2013, p. 44, 45]



## **2. O ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS-TRIBUTÁRIAS**

Visto anteriormente, o artigo 150 da CF88 aplica-se a todos os entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Positiva este artigo, em seu primeiro inciso, o princípio da legalidade, outrora mencionado. Divide-se a doutrina entre a legalidade ser estrita ou não.

Para Roque Antônio Carrazza (CARRAZZA, 2014), não é possível se aumentar ou instituir tributo pelas demais espécies normativas previstas na CFRB, apenas por lei ordinária.

Por seu turno, Alexandre de Moraes (MORAES, 2017) traz à baila o entendimento predominante da Suprema Corte de justiça brasileira, que aceita, em vários precedentes, o tratamento tributário por intermédio das medias provisórias. Assim, no Pretório Excelso já se encontra pacificada a plena e legítima possibilidade de disciplinar matéria de natureza tributária por meio de medidas provisórias, que por previsão constitucional têm força de lei. Essa é a posição adotada majoritariamente, diga-se de passagem, pelas cortes e juízes brasileiros, embora traga menos segurança jurídica aos contribuintes.

O segundo princípio, o da isonomia tributária ou igualdade, veda o tratamento desigual de contribuintes em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

A proibição ressalvada no final do inciso se refere ao fato que alguns entes subnacionais insistem em isentar servidores públicos de sua esfera de governo de alguns tributos. Tais leis vêm sendo declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Verificam-se os casos paradigmáticos da concessão de isenção de ICMS dos oficiais de justiça do Estado do Mato Grosso e a Lei Complementar Estadual que isentava de custas judiciais os membros do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Concessão de isenção à operação de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais. (...) A isonomia tributária (CF, art. 150, II) torna inválidas as distinções entre contribuintes "em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida", máxime nas hipóteses nas quais, sem qualquer base axiológica no postulado da razoabilidade, engendra-se tratamento discriminatório em benefício da categoria dos oficiais de justiça estaduais. [STF, ADI 4.276, rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2014, P, DJE de 18-9-2014.]

A lei complementar estadual que isenta os membros do Ministério Público do pagamento de custas judiciais, notariais, cartorárias e quaisquer taxas ou emolumentos fere o disposto no art. 150, II, da Constituição do Brasil. O Texto Constitucional consagra

o princípio da igualdade de tratamento aos contribuintes. [STF, ADI 3.260, rel. min. Eros Grau, j. 29-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.] = ADI 3.334, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-3-2011, P, DJE de 5-4-2011

A doutrina diverge quanto à aplicação do referido princípio em relação às pessoas jurídicas, mas ele é majoritariamente aceito.

O inciso III, em suas alíneas “a”, “b” e “c” consagra, respectivamente os princípios da irretroatividade, da anterioridade e da anterioridade nonagesimal. Todos estes princípios são relacionados com o “princípio mestre” da não surpresa do contribuinte, verdadeira garantia fundamental.

O princípio da irretroatividade informa que a lei tributária não pode alcançar fatos geradores pretéritos, que ocorreram antes da vigência da referida lei. Já o princípio da anterioridade garante que tributos não serão instituídos ou majorados no mesmo exercício financeiro em que a lei que os instituiu ou aumentou foi publicada. A anterioridade nonagesimal, na mesma toada, informa que os tributos não serão instituídos ou majorados antes de noventa dias da publicação da lei que os criou ou majorou.

A jurisprudência do STF é contraditória quando fala se a revogação de benefícios fiscais deve obedecer às regras da anterioridade e da noventena (anterioridade nonagesimal):

Promovido aumento indireto do ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do art. 150 da Carta. Precedente – medida cautelar na ADI 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. [STF, RE 564.225 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-9-2014, 1ª T, DJE de 18-11-2014.]

A revisão ou revogação de benefício fiscal, por se tratar de questão vinculada à política econômica que pode ser revista pelo Estado a qualquer momento, não está adstrita à observância das regras de anterioridade tributária previstas na Constituição.

[STF, RE 617.389 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-5-2012, 2ª T, DJE de 22-5-2012.]

As exceções aos princípios insculpidos no art. 150, III, “a”, “b” e “c” devem ser previstas na própria Constituição Federal. Em regra elas se referem a impostos. Já decidiu a Suprema Corte que as exceções aos princípios dispostos no art. 150 da CF88 não podem ser previstas por lei. Exemplo dessa lição foi dado no julgamento

da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, que instituiu o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira) e o gravou com a exceção à anterioridade (não existia a nonagesimal à época).

A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, b, e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, IV, e art. 150, III, b, da Constituição). [STF, ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994.]

O quarto inciso do art. 150 dispõe sobre o princípio do não-confisco, vedando a instituição de tributos com efeito confiscatório. Primeiramente, há que se falar que não há uma definição precisa do que seja confisco e qual é o "quantum" exato que o configura. Luciano Amaro (AMARO, 2017, p. 171, 172), citando Ricardo Lobo Torres afirma que "inexistindo possibilidade pre?via de fixar os limites quantitativos para a cobranca? na?o-confiscato?ria, a definic?a?o concreta de confisco ha? de pautar-se pela razoabilidade."

Alguns breves comentários merecem ser tecidos. Primeiramente, o princípio é aplicável a multas. Em segundo lugar, é possível ao STF apreciar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade se um determinado tributo é de efeito confiscatório ou não. Também, a Suprema Corte definiu que há que se analisar a cada caso os efeitos do tributo, pois o art. 150, IV carrega um preceito aberto. Assim, o Pretório Excelso atribuiu alguns limites, indicando que multas de 20% ou 30% não são confiscatórias e que multas que excedem a obrigação principal (o valor do tributo devido) podem ser confiscatórias.

Controle normativo abstrato, a possibilidade de o STF examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da CF. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/1994, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300%. A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas

necessidades vitais básicas. O poder público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. [STF, ADI 1.075 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 17-6-1998, P, DJ de 24-11-2006.] = AI 482.281 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 30-6-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009. Vide RE 400.927 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 4-6-2013, 2ª T, DJE de 18-6-2013. Vide RE 523.471 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 6-4-2010, 2ª T, DJE de 23-4-2010

O entendimento desta Corte é no sentido de que a abusividade da multa punitiva apenas se revela naquelas arbitradas acima do montante de 100% (cem por cento) do valor do tributo.[STF, AI 851.038 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 10-2-2015, 1ª T, DJE de 12-3-2015.]

A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal. [RE 602.686 AgR-segundo, rel. min. Roberto Barroso, j. 9-12-2014, 1ª T, DJE de 5-2-2015.] Vide RE 523.471 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 6-4-2010, 2ª T, DJE de 23-4-2010

(...) a norma inscrita no art. 150, IV, da Constituição encerra uma cláusula aberta, veiculadora de conceito jurídico indeterminado, reclamando, em consequência, que os Tribunais, na ausência de "uma diretriz objetiva e genérica, aplicável a todas as circunstâncias" ( DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito constitucional tributário e due process of law. 2. ed. Forense, 1986. p. 196, item 62) – e tendo em consideração as limitações que derivam do princípio da proporcionalidade –, procedam à avaliação dos excessos eventualmente praticados pelo Estado. (...) não há uma definição constitucional de confisco em matéria tributária. Trata-se, na realidade, de um conceito aberto, a ser utilizado pelo juiz, com apoio em seu prudente critério, quando chamado a resolver os conflitos

entre o poder público e os contribuintes. [STF, ARE 712.285 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 23-4-2013, 2ª T, DJE de 28-6-2013.]

(...) O STF, em casos análogos, decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação de utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório, nos termos do art. 150, IV, da Constituição da República. [AI 701.192 AgR, voto da min. Cármen Lúcia, j. 19-5-2009, 1ª T, DJE de 26-6-2009.] = AI 676.442 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-10-2010, 1ª T, DJE de 16-11-2010

Ainda sobre o princípio da vedação ao efeito confiscatório, trazemos a lição da doutrina majoritária, exemplificada por Ives Gandra, que assevera que a carga tributária para efeitos de confisco deve ser considerada somando-se o total de tributos incidentes sobre um único contribuinte. Colaciona-se aqui a sua lição:

Na minha especial maneira de ver o confisco, na?o posso examina?-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributa?ria incidente sobre um u?nico contribuinte. Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeca?o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-a? perante carga geral confiscato?ria, raza?o pela qual todo o sistema tera? de ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidada?o. (MARTINS, 2013, p. 48)

O quinto inciso se refere à vedação à criação de tributos que impeçam ou limitem o tráfego de pessoas ou bens entre os entes federativos. O preceito constitucional do art. 150, V é direcionado aos estados e municípios (e, implicitamente, ao Distrito Federal) e ressalva a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica do pedágio. Segundo parte da doutrina, por estar insculpido nos artigos que tratam do Sistema Tributário Nacional, o pedágio possuía natureza jurídica tributária, de taxa de serviço. A *contrariu sensu*, a outra parte da doutrina admitia que o pedágio não possuía natureza jurídica tributária, e sim de preço público. O Supremo Tribunal Federal sepultou de vez essa controvérsia em 2014, em memorável julgado do Min. Teori Zavascki:

O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo poder público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem

natureza jurídica de taxa, mas, sim, de preço público, não estando a sua instituição, conseqüentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita. [STF, ADI 800, rel. min. Teori Zavascki, j. 11-6-2014, P, DJE de 1º-7-2014.]

O último dos incisos do art. 150 da Magna Carta dispõe sobre as imunidades tributárias. As imunidades tributárias constituem limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado que desoneram certas pessoas e situações do pagamento de tributos, buscando evitar restrições de natureza fiscal a valores relevantes reconhecidos pelo ordenamento constitucional (Abraham, 2018). A imunidade retira a competência do ente federativo para a instituição de tributo.

A fim de se distinguir as situações que desoneram o contribuinte, traz-se a doutrina de Ives Gandra:

O capítulo da imunidade não altera a concepção dominante nos tribunais, qual seja, a de que há? quatro formas desonerativas, a saber: imunidade, essencismo, não incidência e alíquota zero, além da anistia e remissão, a que se refere o § 6º, aquela apenas de multas e esta de tributo e pena. Permanece, a meu ver, a mesma inteligência pela qual na imunidade não nascem nem obrigação nem crédito tributário, por absoluta vedação constitucional; na não incidência não nascem ambos, por omissão legislativa ordinária; na isenção nasce a obrigação, mas não nasce o crédito, por vedação imposta pela lei complementar e veiculada por lei ordinária; na alíquota zero nascem ambos reduzidos a sua expressão nenhuma; na anistia nasce a obrigação que não se transforma em crédito tributário integral, e na remissão nasce obrigação, sendo excluído o crédito por inteiro.

A imunidade objetiva claramente impedir, por motivos que o constituinte considera de especial relevo, que os poderes tributantes, pressionados por seus déficits orçamentários, invadam áreas que no interesse da sociedade devam ser preservadas. (MARTINS, 2013)

Ainda assevera o Douto Autor que a Suprema Corte dispensa às imunidades interpretação extensiva e às outras formas de desoneração, interpretação restritiva, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional.

As imunidades podem ser classificadas em imunidades propriamente ditas, aquelas que preservam valores fundamentais do Estado, como a forma federativa, os direitos fundamentais individuais e que são verdadeiras cláusulas pétreas e imunidades impróprias, que são meras desonerações de valor econômico, correspondendo à política econômica vigente.

Por serem cláusulas pétreas, as imunidades materiais ou propriamente ditas não podem ser suprimidas pelo constituinte derivado, mas podem ser ampliadas.

Foi o que ocorreu com a Emenda Constitucional n.º 75/2013, a chamada Emenda da Música, que incluiu no art. 150, VI a alínea “e”, dando proteção aos fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Abraham reconhece como imunidades impróprias:

(...) as desonerações constitucionais que tratam de questões de fundo econômico, como a imunidade das receitas de exportação quanto às contribuições sociais e à contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149, § 2º, I, CF/88), a imunidade do IPI dos produtos destinados ao exterior (art. 153, § 3º, III, CF/88) e do ICMS também sobre produtos para exportação (art. 155, § 2º, X, a, CF/88), a imunidade para operações que destine a outro Estado petróleo e derivados e energia elétrica (art. 155, § 2º, X, b, CF/88), a imunidade para a prestação de serviços de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita (art. 155, § 2º, X, d, CF/88). (ABRAHAM, 2018, p. 127)

O presente trabalho entende apenas as imunidades propriamente ditas como garantias do contribuinte, pois são verdadeiros direitos fundamentais e protegem valores constitucionais. Assim, as alíneas do art. 150, VI representam verdadeiras garantias constitucionais.

### 3. CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, conclui-se que todo o artigo 150 da Constituição Federal expressa garantias fundamentais ao contribuinte, limitando o poder de tributar do Estado e prevendo-lhe direitos. Isso não significa que apenas o art. 150 possa prever tais garantias. Existem outras imunidades que não as citadas no art. 150 da CF88, expressas e esparsas no texto constitucional. Ainda, Abraham (ABRAHAM 2018, p. 130), citando Ricardo Lobo Torres, fala das imunidades implícitas, “aquelas que, embora não expressas claramente, decorrem de uma proteção constitucional especial dada a pessoas, instituições ou coisas...”.

### REFERÊNCIAS

Abraham, Marcus. **Curso de direito tributário brasileiro**. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Amaro, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Beltrão, Irapuã **O Direito Tributário e sua organização constitucional**, disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6603/O-Direito-Tributario-e-sua-organizacao-constitucional>, acessado em 6/04/2018

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm), acessado em 6/04/2018

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

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado, 1966

Carrazza, Roque Antônio de. Vigência e Aplicação das Leis Tributárias. Martins, Ives Gandra da Silva, coordenador. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 Ed. São Paulo. Atlas: 2017

Martins, Ives Gandra da Silva, coordenador. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



## ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

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

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo um estudo da Organização das Nações Unidas, estrutura, funcionamento, objetivos, desafios, a sua finalidade é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos. Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** ONU; desafios; importância; paz; segurança internacional.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to study the United Nations Organization, structure, operation, objectives, challenges, its purpose is to maintain international peace and security, as well as to develop cooperation among peoples. It seeks to solve social, humanitarian, cultural and economic problems by promoting respect for fundamental freedoms and human rights.

**Keywords:** UN, challenges, importance, peace, international security.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objetivo un estudio de la Organización de las Naciones Unidas, estructura, funcionamiento, objetivos, desafíos, su finalidad es mantener la paz y la seguridad internacional, así como desarrollar la cooperación entre los pueblos. Busca solucionar los problemas sociales, humanitarios, culturales y económicos, promoviendo el respeto a las liberdades fundamentales ya los derechos humanos.

**Palabras clave:** ONU, desafios, importância, paz, seguridad internacional.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Organização das Nações Unidas (ONU), ou simplesmente Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional. Uma substituição à Liga das Nações, a organização foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a intenção de impedir outro conflito como aquele. Na altura de sua fundação, a ONU tinha 51 estados-membros; hoje são 193. A sua sede está localizada em Manhattan, Nova York, e possui extraterritorialidade. Outros escritórios situam-se em Genebra, Nairóbi e Viena. A organização é financiada com contribuições avaliadas e voluntárias dos países-membros. Os seus objetivos incluem manter a segurança e a paz mundial, promover os direitos humanos, auxiliar no desenvolvimento econômico e no progresso social, proteger o meio ambiente e prover ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.

Durante a Segunda Guerra, o presidente estadunidense, Franklin D. Roosevelt, começou a discutir a criação de uma agência que sucederia a Liga das Nações, e a Carta das Nações Unidas foi elaborada em uma conferência em abril-junho de 1945; a carta entrou em vigor a 24 de outubro de 1945, e a ONU começou a operar. A sua missão de promover a paz foi complicada nas suas primeiras décadas de existência, por culpa da Guerra Fria, entre Estados Unidos, União Soviética e seus respectivos aliados. Teve participação em ações importantes na Coreia e no Congo-Léopoldville, além de ter aprovado a criação do estado de Israel em 1947.

O número de integrantes cresceu bastante após o grande processo de descolonização na década de 1960, ocorrido principalmente na África, na Ásia e na Oceania, e, na década seguinte, seu orçamento para programas de desenvolvimento social e econômico ultrapassou em muitos seus gastos com a manutenção da paz. Após o término da Guerra Fria, a ONU assumiu as principais missões militares e de paz ao redor do globo, com diferentes níveis de sucesso. A organização foi laureada com o Nobel da Paz em 2001, e alguns de seus oficiais e agências também

ganharam o prêmio. Outras avaliações da eficácia da ONU são mistas. Alguns analistas afirmam que as Nações Unidas são uma força importante no que tange manter a paz e o estimular o desenvolvimento humano, enquanto outros adjetivam-na de ineficiente, corrupta ou tendenciosa.

Seis órgãos principais compõem as Nações Unidas: a Assembleia Geral (assembleia deliberativa principal); o Conselho de Segurança (para decidir determinadas resoluções de paz e segurança); o Conselho Econômico e Social (para auxiliar na promoção da cooperação econômica e social internacional e desenvolvimento); o Conselho de Direitos Humanos (para promover e fiscalizar a proteção dos direitos humanos e propor tratados internacionais sobre esse tema); o Secretariado (para fornecimento de estudos, informações e facilidades necessárias para a ONU) e o Tribunal Internacional de Justiça (o órgão judicial principal). Além desses, há órgãos complementares de todas as outras agências do Sistema das Nações Unidas, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Programa Alimentar Mundial (PAM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). O cargo mais alto ocupado na ONU é o de secretário-geral, ocupado por António Guterres desde 2017.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

A Liga das Nações foi criada pelo Tratado de Versalhes ao fim da Primeira Guerra Mundial.

Seu principal objetivo era servir de espaço para discussões entre as nações e assim evitar guerras. Sua sede ficava em Genebra, Suíça.

A Liga das Nações terminou em 1942, porém em 1946 passou todas as suas atribuições para a recém-criada Organização das Nações Unidas.

Quando a Primeira Guerra Mundial terminou, as nações vitoriosas se reuniram em Versalhes, França, para discutir sobre várias questões como indenizações e fronteiras.

O Presidente americano Woodrow Wilson propõe ao Congresso do seu país a criação de um fórum internacional. O objetivo principal dessa instituição seria resolver os atritos entre países através da diplomacia e não da guerra.

Este projeto de lei ficou conhecido como os “14 pontos de Wilson” e foram aceitas e incorporadas ao Tratado de Versalhes.

Os primeiros membros da Liga das Nações foram os países vitoriosos da Primeira Guerra Mundial como França, Holanda e Bélgica.

O presidente Wilson, por sua vez, não obteve a aprovação do Senado americano para entrar na Liga das Nações. Deste modo, o criador ficou de fora da instituição que ajudara a planejar.

O órgão principal da Liga das Nações era o Conselho da Liga formado por sete membros. Dele participavam quatro membros permanentes: França, Inglaterra, Itália e Japão. Por outro lado, três países eram eleitos para ocupar os assentos temporários por três anos.

A princípio, países como Alemanha e Turquia são proibidos de participar do organismo. No entanto, em 1926, a Alemanha se incorpora à Liga das Nações e a Turquia o faz em 1932.

Também a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) não entram na Liga num primeiro momento. Em 1934, Stálin decide participar da instituição como um gesto de boa vontade ao Ocidente.

O Brasil foi por muito tempo o único país americano com assento no Conselho da Liga. Como não havia regras definidas para a ocupação dos assentos temporários, o Brasil passou a ser anualmente reeleito para o Conselho.

No entanto, ao ser o único representante do continente americano, o governo brasileiro achava que deveria ter mais prestígio. Assim começa a campanha por obter um assento permanente no Conselho da Liga. Isto se transformou na meta diplomática fundamental do governo Arthur Bernardes (1922-1926).

A ONU – Organização das Nações Unidas surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações, que foi criada em 1919 depois da Primeira Grande Guerra.

O nome Nações Unidas foi concebido por Franklin Delano Roosevelt, presidente dos Estados Unidos, na época da elaboração da Declaração das Nações

Unidas em primeiro de janeiro de 1942, durante a Segunda Guerra Mundial. Na ocasião, representantes de 26 países estabeleceram o compromisso de lutar juntos contra as potências do Eixo, formado por Alemanha, Itália e Japão.

A primeira carta da organização foi assinada por 50 países, em 26 de junho de 1945, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. O evento foi realizado de 25 de abril a 26 de junho, em São Francisco, nos Estados Unidos. A Polônia, que não teve representante na conferência, assinou a declaração mais tarde e se tornou o 51º Estado fundador da ONU.

Para elaborar um documento, os delegados se basearam em propostas formuladas por representantes da China, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Soviética, apresentadas em Dumbarton Oaks, de agosto a outubro de 1944.

Mas, oficialmente, a Organização das Nações Unidas passou a existir a partir de 24 de outubro de 1945, quando a carta foi ratificada pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido, União Soviética e pela maioria dos países membros-fundadores. Nesta data comemora-se o Dia das Nações Unidas.

Fundada por 51 países, entre eles o Brasil, a ONU, hoje, conta com mais de 180 países membros. Apesar do prédio das Nações Unidas está em Nova York, a ONU é território internacional.

A missão da ONU é fomentar a paz entre as nações, cooperar com o desenvolvimento sustentável, monitorar o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais e organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos.

O sistema ONU é complexo. Conta com Organismos, possui quinze agências especializadas. Elas atuam em áreas como saúde, finanças, agricultura, aviação civil e telecomunicações, entre outras. Elas são entidades independentes vinculadas às Nações Unidas por acordos especiais. As agências se reportam ao Conselho Econômico e Social ou à Assembleia Geral.

AIEA Agência Internacional de Energia Atômica

Bird Banco Mundial

FAO Organização das Naciones Unidas para a Agricultura e a Alimentação

Fida Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola

FMI Fundo Monetário Internacional

Icao Organização de Aviação Civil Internacional

OIT Organização Internacional do Trabalho

OMI Organização Marítima Internacional

OMM Organização Meteorológica Mundial

OMPI Organização Mundial da Propriedade Intelectual

OMS Organização Mundial de Saúde

UIT União Internacional de Telecomunicações

Unesco Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Unido Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial

UPU União Postal Universal

A Assembleia Geral é o órgão principal da ONU e tem caráter deliberativo, nela estão representados todos os países membros, cada um com direito a um voto. O dia das Nações Unidas se celebra no 24 de outubro.

A ONU, é ainda hoje o principal organismo internacional e visa essencialmente:

Preservar a paz e a segurança mundial;

Estimular a cooperação internacional na área econômica, social, cultural e humanitária;

Promover a respeito às liberdades individuais e aos direitos humanos.

Os seis principais órgãos da ONU são:

a) Conselho de Segurança

Tem quinze membros, dos quais cinco — China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética — são permanentes e dotados do poder de veto, isto é, qualquer uma dessas potências tem direito a bloquear uma decisão do Conselho. Os dez membros não permanentes são eleitos pela Assembleia Geral por um período de dois anos.

b) Assembleia Geral

O principal corpo deliberativo, reúne todos os países-membros, com direito a um voto cada. Suas sessões regulares são convocadas anualmente, em setembro, mas podem ser realizadas outras, especiais ou de emergência.

c) Conselho de Tutela

Controla os territórios colocados sob tutela da ONU. Em 1982 restava apenas o Território das Ilhas do Pacífico nessas condições.

d) Secretariado

As funções administrativas da ONU são desempenhadas pelo Secretariado Geral, dirigido pelo mais alto funcionário da organização, o secretário geral, eleito pela Assembleia Geral por cinco anos, com direito a reeleição.

e) Corte Internacional de Justiça

Principal órgão jurídico da ONU, julga as disputas que surgem entre os países. Compõe-se de quinze juízes, de diferentes nacionalidades, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, para um período de nove anos. Tem sua sede em Haia, Holanda. Devido ao número de países-membros e à gama de atividades de que se ocupa, a ONU é a entidade supranacional mais abrangente. Há, porém, numerosas outras, de caráter regional ou voltadas para assuntos específicos, principalmente atividades econômicas e militares (segurança coletiva).

f) Conselho Econômico e Social

Sua principal função é promover a cooperação cultural, o respeito pelos direitos humanos e o progresso econômico e social. Reúne 54 membros e trabalha através dos órgãos subsidiados, como por exemplo, a Comissão de Direitos Humanos, a Comissão sobre a Situação da Mulher e a Comissão Populacional.

DA ONU também fazem parte importantes órgãos especializados como a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), a FAO (Organização para Agricultura e Alimentação), o UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a OMS (Organização Mundial da Saúde), entre outros.

A Organização das Nações Unidas foi criada logo após a Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações. Dos 192 países reconhecidos pela comunidade internacional, somente Taiwan e Roma não integram o corpo de membros da ONU. Todos eles colaboram na sustentação financeira por meio de doações sistemáticas.

O valor a ser pago é calculado a partir de critérios variados, como o produto interno bruto, o lugar que o país ocupa na economia mundial e sua capacidade de pagar. No total, as contribuições contabilizam, em média, 2,3 bilhões de dólares.

Durante todos os anos passados a Humanidade não inventou um instrumento mais eficaz do apoio à paz e segurança no planeta. Justamente a sede da ONU em Nova York é o lugar onde são debatidas as vias da solução dos conflitos no Iraque e Afeganistão, no Oriente Médio, no Sudão e em outras partes do Universo. Os funcionários desta organização estão presentes em 15 operações de paz, e em dez delas ali está também a Rússia. Justamente a ONU que desempenha o papel principal na solução do problema do desarmamento e na luta contra a proliferação da arma de destruição em massa. Isso tem confirmação com a situação em torno dos programas nucleares do Irã e Coréia do Norte, acompanhado pela Agencia Internacional de Energia Atômica (AIEA) – que é uma instituição especializada da ONU. A luta contra o terrorismo também se tornou um dos principais cuidados da Organização. Ela elabora das vias, métodos e recursos do combate a este mal da modernidade. Ninguém pode negar que também cabe à ONU o papel importante na solução dos problemas socioeconômicos, humanitários e culturais com que a Humanidade se depara. Finalmente, sem dúvida alguma que esta organização internacional é o centro da luta pela garantia dos direitos e liberdades do Homem.



Dissemos tudo, porém não podemos fechar os olhos aos problemas e deficiências da ONU: eficácia insuficiente, morosidade, grande burocracia, e agora a corruptibilidade. Visivelmente que chegou o momento da questão sobre a ampliação da composição do Conselho de Segurança, inclusive o aumento do número dos seus membros permanentes. E não é em vão que a questão sobre as reformas na ONU há muito que consta na agenda.

Nenhuma pessoa sensata irá negar as queixas citadas e outras possíveis com relação à ONU. Moscou vê isso muito bem, tanto é que há muito se expressa pelas reformas na Organização. Ao mesmo tempo a Rússia também rejeita insistentemente e com argumentos as tentativas de desvalorizar o papel da ONU, de prejudicar a sua autoridade e empreender ações unilaterais desprezando esta importante estrutura internacional. Falando sobre tudo isso, podemos dizer com confiança que também neste século a ONU continua como principal campo internacional para os relacionamentos interétnicos e interestatais, bem como para solução dos mais graves problemas globais, regionais e locais; escreveu Victor Enikeiev.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais desafios encontrados pelas Nações Unidas é seu limitado poder, devido à falta de autoridade sobre os estados membros. A ONU normalmente condena violações aos direitos humanos e outros atos de terror; porém, a não ser que apoiada por seus membros, tem pouco poder de ação. Muitos países o relutam em ceder sua própria autoridade e seguir as ordens da ONU.

A finalidade do órgão é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos.

Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

### REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Eduardo Correia. **O Poder Público Bélico em Direito Internacional: O Uso da Força pelas Nações Unidas em Especial**. Coleção Teses. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Editora Coimbra, Coimbra, 2008.

COUTINHO, Inês Catarina Mendes. **Ontem, Hoje e Amanhã – Um Estudo Sobre o Ciclo de Vidas da Organização das Nações Unidas**. In: A Organização das Nações Unidas. Editora Humana Global – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, Coimbra, 2007, p. 175 a 206.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público (tradução de Vítor Marques Coelho do original Droit International Public. 7<sup>e</sup> édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002)**. 2<sup>a</sup> Edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

GERBERT, Pierre. **Introdução à Política: As Organizações Internacionais** (tradução de Cidália de Brito do original Lês Organisations Internationales). 2<sup>a</sup> Edição em Português. Editora Arcádia, Lisboa, 1977.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 3<sup>a</sup> Edição Atualizada e Ampliada. Editora Almedina, Coimbra, 2008.

KOWALSKI, Mateus. **ONU – A Reforma Para a Paz**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Editora Coimbra, XLVI, n<sup>o</sup> 1, 2005, p. 121 a 167.

MACHADO, Jónatas E. Mendes. **Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de setembro**. Editora Coimbra, Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 3<sup>a</sup> Edição Revista e Atualizada, Editora Príncípa, Cascais, 2008.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca do. **Solução de Controvérsias Internacionais – Revisão do Papel da ONU como Pilar da Segurança Internacional**. Editora Juruá, Curitiba, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3<sup>a</sup> Edição Revista e Aumentada. Editora Almedina, Coimbra, 1993.

PULVIRENTI, Orlando Daniel. **Comentários ao Artigo 1º da Carta das Nações Unidas**. In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (organizador). Comentário à Carta das Nações Unidas. Editora CEDIN, Belo Horizonte, 2008, p. 37 a 57.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Editora Coimbra, Coimbra, 2009.

REZEK, Francisco. **Comentários ao Preâmbulo da Carta das Nações Unidas**. In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (organizador). Comentário à Carta das Nações Unidas. Editora CEDIN, Belo Horizonte, 2008, p. 23 a 33.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mônica. **A Organização das Nações Unidas**. 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; SALDANHA, António Vasconcelos de; FERRO, Mônica. **Textos de Direito Internacional Público – Organizações Internacionais**. 2ª Edição, ISCSP, Lisboa, 2003.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

XAVIER, Ana Isabel. **ONU: A Organização das Nações Unidas**. In: A Organização das Nações Unidas. Editora Humana Global – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, Coimbra, 2007, p. 9 a 174.

Sites Consultados:

<http://www.dhnet.org.br>

<http://www.onu-brasil.org.br>

<http://www.un.org>

<http://www.unicrio.org.br>

<http://www.globalcompact.com>

<http://www.unog.ch>



## **INCIDÊNCIA DO ITBI SOBRE OS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA.**

**JULYANA PERRELLI DE AYALLA DORIA:**  
Procuradora do Município de João Pessoa-PB.  
Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco.  
Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Integrada de Recife. Membro da Associação dos Procuradores de João Pessoa. Atuação na procuradoria fiscal na Procuradoria de João Pessoa-PB.

**RESUMO:** Este trabalho apresenta o resultado de amplo estudo acerca das hipóteses de incidência do ITBI (Imposto Transmissão *Inter Vivos*), em especial sobre os contratos de promessa de compra e venda, registrados ou não, analisando a forma como a jurisprudência nacional tem se posicionado sobre o tema. Foram analisados os diplomas normativos que regem as hipóteses de incidência do ITBI, bem como sua evolução histórica, com o objetivo de facilitar a correta aplicação da lei. O presente trabalho apresenta, destarte, uma análise crítica de como o tema têm sido abordado pelos Tribunais, pontuando a grande celeuma que tem ocorrido nas relações jurídico-tributárias entre os diversos Municípios espalhados pelo País e os respectivos contribuintes.

Palavras-chave: ITBI. Hipóteses de incidência. Promessa de compra e venda.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breve análise histórica das hipóteses de incidência do ITBI. 3. Da constitucionalidade da incidência do ITBI sobre a promessa de compra e venda e outras cessões de direitos reais. Necessidade de superação de precedentes. 4. Razão da previsão da incidência do ITBI sobre as promessas de compra e venda: princípio da isonomia. 5. Conclusão

6. Referências bibliográficas.

---

### **I. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem como objeto analisar a legalidade da incidência do ITBI (Imposto sobre Transmissão *Inter vivos*), sobre os contratos de promessa de compra e venda, registrados ou não.

Os Tribunais pátrios vêm enfrentando de forma superficial o tema ora abordado, limitando-se a repetir precedentes anteriores, sem, contudo, fazer uma análise aprofundada sobre o tema, multiplicando-se, assim, as celeumas jurídico-tributárias entre contribuintes e Municípios.

Tem sido reiteradamente afirmado, pelos Tribunais Superiores, que apenas a transferência da propriedade imóvel poderia ser considerada fato gerador do ITBI. Em contrapartida, os Municípios sustentam que outras transferências de direitos reais imobiliários também se inserem no campo de incidência do Imposto em comento, prevendo-a em suas legislações locais.

Ante o desencontro de entendimentos, multiplicam-se os processos administrativos e judiciais que tratam sobre o tema, sendo necessário, portanto, uma abordagem profunda e esmerada acerca da instituição e limites do campo de incidência do ITBI.

O deslinde da celeuma que a autora se propõe a analisar perpassa, necessariamente, pela análise das hipóteses de incidências eleitas pelo legislador constitucional como autorizadas da cobrança do ITBI, bem como sua evolução ao longo dos anos.

Necessário analisar detalhadamente os dispositivos legais e constitucionais que autorizam a cobrança do ITBI, e a *mens legis* para a sua instituição.

Antes de ingressarmos no tema, mister discorrer brevemente sobre a previsão legal e constitucional para a instituição do ITBI.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 156, II<sup>[1]</sup>, afirma ser competência municipal instituir impostos sobre transmissão “*inter vivos*” a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como **cessão de direitos a sua aquisição**.

Da análise do artigo supracitado, observa-se que o legislador constituinte elegeu 3 (três) situações como hipóteses para a incidência do ITBI, conforme o disposto no art. 156, II, da CF:

1) Transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis;

2) Transmissão *inter vivos* de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia;

3) Cessão de direitos à aquisição de direitos reais sobre imóveis.

Em consonância com o disposto na Constituição Federal, o art. 35, do CTN, assim dispôs, ao estabelecer o fato gerador do ITBI:

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

**II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;**

**III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.**

Vê-se, destarte, que a intenção do legislador foi eleger outras hipóteses de incidência, **para além da transmissão da propriedade**, contemplando, assim, **as transmissões de direitos reais sobre imóveis**, bem como as **cessões de direitos** que se refiram à transmissão de propriedade ou domínio útil de bens imóveis e outros direitos reais.

Para fins de elucidar as hipóteses eleitas pelo legislador constituinte, pondo uma pá de cal na celeuma interpretatória em torno desse tema, cabe, aqui, fazer uma breve digressão, através de uma análise histórica sobre as hipóteses de incidência do ITBI.

## **2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO ITBI**

Com o fito de se ter uma compreensão ampla acerca das atuais hipóteses de incidência do ITBI, é preciso fazer, destarte, uma análise histórica, do

surgimento do referido tributo e as diversas modificações legislativas pela qual passaram ao longo dos anos.

Até a constituição de 1946, a previsão legislativa para a incidência do ITBI ocorria **apenas** sobre a transmissão de bens imóveis. Ou seja, o ITBI, àquela época de competência dos estados, possuía como fato gerador apenas a transferência do direito real de propriedade, que ocorria com o registro do título no cartório de imóveis.

A redação original do art. 19, da Constituição de 1946, assim previa<sup>[2]</sup>:

Art 19 - Compete aos Estados decretar impostos sobre:

(...)

III - transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades;

Posteriormente, o legislador percebeu que eleger unicamente a transmissão de propriedade imobiliária como fato gerador do ITBI fazia com que um conjunto de operações não fossem levadas a registro no cartório de imóveis, permanecendo ocultas, como forma de “fugir” à incidência do imposto devido.

Dessa forma, foi editada, em 01/12/1965, a Emenda Constitucional nº 18, dando nova redação ao sistema tributário nacional da época. Nessa emenda, o imposto sobre transmissão de propriedades passou a incidir também sobre as **cessões de direitos relativos à aquisição dos bens imóveis**, ou seja, sobre as operações que não são levadas a cartório e que dão origem a direitos pessoais. Eis o teor da redação da emenda, à época:

Art. 9º Compete aos Estados o impôsto sôbre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os direitos reais de garantia.

§ 1º O impôsto incide sôbre a cessão de direitos relativos à aquisição dos bens referidos neste artigo.



Na sequência, com o intuito de regulamentar a EC n.º 18/65, é editado o Código Tributário Nacional, em 25/10/1966. Ao tratar do tema, o CTN deixa evidente que o imposto passa a incidir sobre direitos reais - o que já ocorria - e, ainda, sobre as cessões de direitos, ou seja, sobre os direitos pessoais, que assim o são uma vez que o negócio jurídico que lhes deu origem não foi levado a registro no cartório de imóveis. Esse é o teor da norma prevista no art. 35, do CTN.

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

A constituição de 1967 continuou com a mesma intenção de referendar a incidência do imposto sobre **transmissões de direitos reais e cessões de direitos pessoais**. Veja:

Art 24 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal decretar impostos sobre:

I - transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física, e de **direitos reais sobre imóveis**, exceto os de garantia, **bem como sobre direitos à aquisição de imóveis**;

O mesmo ocorre na redação atual do art. 156, da Constituição de 1988:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:  
(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

Ante a análise histórica precedente, resta evidente que a intenção do legislador, desde a Emenda Constitucional 18, de 1965, foi determinar que a incidência do ITBI ocorra **não apenas sobre a transmissão do direito real de propriedade**, com o registro do título no cartório de imóveis, mas também eger como hipóteses de incidência a **transmissão de direitos reais sobre imóveis** (para além da transmissão de propriedade), bem como as **cessões de direitos pessoais que são pactuadas pelas partes**, sem que se leve o título para registro no cartório de imóveis e sem que se configure juridicamente a transmissão da propriedade.

Nesse diapasão, seguindo as determinações impostas pelas normas constitucionais e nacionais sobre o tema, o Código Tributário do Município de João Pessoa, assim dispôs em seu art. 199:

Art. 199. O ITBI e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre bens imóveis por natureza ou acessão física, exceto os de garantia, como definidos na Lei Civil;

II - a cessão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos relativos às transmissões descritas no inciso anterior.

Ou seja, aprouve ao legislador constitucional e infraconstitucional instituir outras hipóteses de incidência de ITBI, para além da transmissão de propriedade, contemplando, outrossim, aqueles negócios jurídicos realizados com o objetivo de transmitir outros direitos reais sobre imóveis, bem como aqueles que tem como objeto ceder os direitos relativos à transmissão dos direitos reais.

Importante observar que essa é uma previsão **constitucional**, constante no **texto original** da Constituição de 1988, de tal forma que é preciso que o Judiciário reconheça a efetividade e eficácia dessa norma, **sob pena de esvaziamento de um direito constitucional, previsto aos municípios**.

O que se observa atualmente é, em verdade, remansosa jurisprudência pátria considerando unicamente a transmissão da propriedade, com o registro do título no cartório de imóveis, como fato gerador de ITBI. Entretanto, verifica-se que, até o momento atual, não se fez uma análise profunda e escorreita do art. 156, III, da CF, limitando-se os julgadores a repetirem precedentes antigos e desconformes à Constituição. Não se analisa, destarte, o texto constitucional, e as inovações trazidas com o Código Civil, desconsiderando-se, na verdade a *mens legis* do constituinte, que expressamente previu outras hipóteses de incidência para além da transmissão da propriedade.

É necessário que os julgadores e operadores do direito debruçem-se de forma corajosa e profunda sobre o tema, de forma que não se decida apenas em precedentes que determinam a não incidência do ITBI sobre as promessas de compra e venda e outras cessões de direitos reais sobre imóveis, precedentes esses muitas vezes vazios de fundamentação, que se resumem a expressar uma jurisprudência consolidada, antiga, sem qualquer análise sobre as diversas hipóteses de incidência trazidas pela Constituição Federal para a incidência do ITBI.

Observa-se, com efeito, diversas decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal que reconhece, ao arripio da Constituição, como único fato gerador do ITBI a transmissão da propriedade.

Numa mera leitura do dispositivo constitucional acima mencionado, vê-se que o legislador constituinte originário estabeleceu outras hipóteses de incidência do ITBI, que não se resumem apenas à transferência da propriedade através do registro do título imobiliário.

É cediço que não cabe aos julgadores restringir o alcance da lei, quando a vontade do legislador está expressa em sua literalidade, a menos que esteja fundamentado em norma constitucional que esvazie a validade da norma impugnada.

No caso do ITBI, a norma que está sendo esvaziada trata-se de **norma constitucional, válida, originária**, incapaz, sequer, de ser submetida a controle de constitucionalidade, bem como não se encontra em dissonância com as demais

normais normas constitucionais para que tenha sua eficácia limitada pelo Judiciário.

Reiteramos, destarte, o acima exposto de que, pela análise histórica e pelas alterações legislativas ao longo das décadas, resta clara a intenção do legislador em considerar como fato gerador outras situações de transmissão de direitos reais, além da transmissão do direito real de propriedade.

### **3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO ITBI SOBRE A PROMESSA DE COMPRA E VENDA E OUTRAS CESSÕES DE DIREITOS REAIS. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES**

Numa leitura simples e direta, ao destrinchar o texto constitucional do art. 156, III, da CF, para se extrair a norma ali constante, outra não pode ser a conclusão senão a de que existe a previsão de três hipóteses de incidência do ITBI, **literalmente expressas no texto** (art. 156, III, da CF):

- 1) Transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis;
- 2) **Transmissão *inter vivos*, de direitos reais sobre imóveis**, exceto os de garantia;
- 3) **Cessão de direitos a sua aquisição.**

Com efeito, não é necessária uma leitura aprofundada para verificar que foram eleitas outras hipóteses de incidência de ITBI que desbordam meramente a transmissão da propriedade, contrariando, assim, de plano, a jurisprudência que defende de forma veemente que apenas com o registro da propriedade haveria autorização para a incidência do ITBI.

Ademais, é importante trazer à baila o conteúdo do art. 110, do CTN, que impõe balizas para a interpretação das normas tributárias. Conforme esse artigo, a lei tributária deve seguir a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas do direito privado, utilizados pela Constituição. Eis o teor do referido artigo:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas

Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nessa direitura, o artigo 156, da Constituição Federal, que **autoriza a incidência de ITBI sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis**, deve ser interpretado em consonância com o disposto no Código Civil, pois é este que lista quais os direitos reais existentes no nosso ordenamento jurídico. Eis o teor, do art. 1.225, do Código Civil.

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

**VII - o direito do promitente comprador do imóvel;**

(grifos nossos)

Observa-se, portanto, que, numa simples subsunção dos fatos à norma, e, na comparação entre as normas constitucionais e normas da lei civil, impossível chegar à outra conclusão senão a de que **o direito do promitente comprador do imóvel é um direito real, e que a transmissão do referido direito está expressamente prevista no art. 156, III, da CF, como hipótese de incidência do ITBI.**

A reforçar o entendimento, observe-se o teor do art. 1.417, do Código Civil:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrendimento,

celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Não há dúvidas, destarte, de que o direito do promitente comprador foi erigido ao status de direito real com a vigência do novo Código Civil, inserindo-se, destarte, dentre o rol de direitos cuja transmissão autoriza a incidência de ITBI.

Vale, ainda, fazer uma observação de grande importância, concluindo o presente raciocínio. Nos casos em que a promessa de compra e venda é registrada em cartório, conforme prevê o art. 1.417, do Código Civil, **não há dúvidas de que há um direito real e que sua transmissão submete-se à incidência do ITBI**, nos termos do art. 156, III, da CF, e art. 35, inciso II, do CTN.

Entretanto, poderiam pairar dúvidas sobre os casos em que a promessa de compra e venda, a despeito de ser irrevogável, não tenha sido levada a registro no cartório imobiliário (promessas de compra e venda não registradas). Nesses casos, conforme a determinação da lei civil, não houve a constituição do direito real, permanecendo a promessa de compra e venda no âmbito das obrigações pessoais.

Porém, mesmo nos casos de promessas de compra e venda que configuram direitos pessoais, por não estarem registradas, ainda assim deverá haver a incidência do ITBI. Isso porque tais situações encontram-se contempladas pela terceira hipótese de incidência, qual seja a "cessão de direitos a sua aquisição", prevista no art. 156, III, da CF, *in fine*, e art. 35, III, do CTN.

CF: Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:  
(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

CTN: Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

**III – a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.** (grifos nossos)

Com efeito, a promessa de compra e venda, ainda que não registrada, configura verdadeira cessão de direitos à aquisição do direito real de propriedade, fazendo incidir o art. 156, III, da CF e o art. 35, III, do CTN.

Vale trazer à baila os apontamentos doutrinários acerca do teor do contrato firmado na promessa de compra e venda:

A promessa de compra e venda é espécie de contrato através qual uma pessoa, física ou jurídica, denominada promitente ou compromitente vendedora, se obriga a vender a outra, denominada promissária ou compromissária (ou promitente) compradora, bem imóvel por preço, condições e modos pactuados.<sup>[3]</sup>

Da análise do teor do negócio jurídico que se perfaz na promessa de compra e venda, ainda que não registrada em cartório, outra não pode ser a conclusão senão a de que se configura em verdadeira **cessão de direitos relativos à transmissão de propriedade**, fato que autoriza a incidência do ITBI nesses casos.

Mister se faz, destarte, que os Tribunais pátrios debruçam-se sobre tais questões trazidas à baila nesta dissertação, antes de julgar o mérito, não se limitando a repetir precedentes, parcos em fundamentação.

Afastar normas contidas em lei complementar federal e, especialmente, na Constituição da República, pilar de nosso ordenamento jurídico, exige do julgador uma fundamentação adequada do motivo pelo qual está deixando de aplicar a norma estabelecida pelo constituinte originário.

Não é, entretanto, o que se tem visto em decisões que se limitam a repetir precedentes que cuidam unicamente em afirmar que o fato gerador do ITBI é apenas a transmissão da propriedade com o registro do título no cartório de imóveis, esvaziando por completo a norma contida no art. 156, III, da CF.

Essa prática deve ser repensada, havendo, inclusive, a previsão no novo diploma processual civil que impõe a necessidade de **fundamentação adequada**. É o que dispõe o art. 489, §1º, IV e V, do CPC, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão do julgador, bem como se limitam a invocar precedentes ou enunciados de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes.

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

(...)

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

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

Os precedentes muitas vezes suscitados com o fim de elidir a cobrança de ITBI sobre as promessas de compra e venda, registradas ou não, não analisam de forma acurada os artigos ora suscitados, e **omitem-se em dar eficácia plena à norma constitucional prevista no art. 156, III, da CF**.

A repetição desses precedentes malfez a literalidade da norma constitucional, amputando-lhe duas hipóteses eleitas pelo constituinte para a incidência do ITBI, quais sejam, a **transmissão de outros direitos reais, além da propriedade**, e a **cessão de direitos a sua aquisição**, configurada nos negócios jurídicos, no âmbito das obrigações pessoais, em que se pactuam a cessão de direitos reais, sem a sua efetiva transferência por ora do registro no cartório.



As decisões judiciais, atualmente, se limitam a repetir outros precedentes, olvidando que existiram mudanças no ordenamento jurídico e que essas alterações não podem ser desconsideradas. Resumem-se a afirmar, sem fundamento legal, de que o fato gerador de ITBI seria apenas a transferência efetiva da propriedade no cartório de registro de imóveis, contrariando frontalmente o teor da norma expressa na CF, art. 156, II.

Para se entender o tamanho do equívoco, tem sido suscitado o caso julgado pelo Pleno do STF na representação de inconstitucionalidade nº 1.121-6, que considerou a inconstitucionalidade da cobrança de ITBI sobre a promessa de compra e venda. Entretanto, inadmissível não se ater ao fato de que essa representação foi julgada em **1984, anterior até mesmo à Constituição Federal de 1988**, não mais se sustentando ante às alterações incorporadas no ordenamento, como por exemplo, a vigência do novo Código Civil, que alçou a direito real o direito do promitente comprador registrado em cartório.

O referido precedente acima mencionado deve ser considerado totalmente **SUPERADO**, ante a novel Constituição e o disposto no Código Civil.

Na esteira desse entendimento, é imperioso observar que vem se multiplicando as decisões de magistrados e desembargadores que analisam de forma mais profunda e escorreita o tema *sub examine*, tomando em consideração o teor da norma constitucional prevista no art. 156, III, da CF.

A título de exemplo, colaciono ementa de caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**ACÇÃO DECLARATÓRIA. ITBI. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. TERRENO. CONSTRUÇÃO E BENFEITORIAS.**

**1. Constitui fato gerador do ITBI a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis ou de direitos reais sobre eles, ou, ainda, a cessão de direitos relativos a tais transmissões.**

2. A base do cálculo do ITBI é o valor venal do imóvel objeto de transmissão. A construção superveniente ao contrato de promessa de compra e venda pelo adquirente não integra a base de cálculo. Súmulas 110 e 470 do STF. 3. Em se tratando de causa em que restou vencida a Fazenda Pública, os

honorários advocatícios são fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz. Hipótese em que a verba honorária fixada deve ser reduzida. Recurso provido em parte. Sentença confirmada, no mais, em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70055680631, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 14/09/2013). Grifos nossos.

A jurisprudência pátria tem avançado na análise do tema em comento. Em importante julgado sobre o tema, a **Corte Especial do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**, em **recente decisão** sobre o tema, instada a se manifestar sobre a constitucionalidade da incidência de ITBI sobre as promessas de compra e venda, estabeleceu, numa clara mudança de paradigma, e, em profunda análise sobre o tema, a **constitucionalidade da cobrança de ITBI sobre as promessas de compra e venda**, não se resumindo a repetir precedentes anteriores.

Importante ressaltar que o referido entendimento foi firmado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que se impugnava a validade da norma do Município de Olinda que previa a incidência de ITBI sobre a promessa de compra e venda. Os ilustres desembargadores que compõem a Corte Especial do Tribunal de Pernambuco debruçaram-se sobre o tema, em sede de controle concentrado, e firmaram o entendimento de incidência de ITBI também para os casos de promessa de compra e venda. Eis o teor da ementa do caso julgado, por ser assaz elucidativo:

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E CONSTITUCIONAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INCOMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL DO TJPE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA MUNICIPAL ATACADA. REJEIÇÃO Á UNANIMIDADE. **DISPOSITIVO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE OLINDA. INCIDÊNCIA DE ITBI SOBRE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL SEM**

**CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO E DEVIDAMENTE REGISTRADA NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA.**

1. As preliminares de ilegitimidade ativa, de impossibilidade jurídica do pedido e de incompetência desta Corte Especial para declarar a eventual inconstitucionalidade da norma municipal questionada foram rejeitadas ante a ausência de amparo legal.

**2. O Código Civil de 2002, adotando nova sistemática, estabelece em seus artigos 1.225 e 1.417 que a promessa de compra e venda de bem imóvel se caracteriza como direito real, de forma que incidirá o tributo correspondente (ITBI) quando da constituição desse direito. Para além disso, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 35, II, é claro ao reconhecer que a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis também é fato gerador do ITBI.**

3. Considerando que o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos (ITBI) tem como fato gerador a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis e, sendo a promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável devidamente registrada no Cartório imobiliário um direito real - segundo a nova sistemática da Lei Adjetiva Civil Pátria - resta incontroversa ser devida/exigível a exação fiscal (cobrança do ITBI) a partir do momento em que se registra o aludido contrato (promessa de compra e venda) perante o Cartório de Imóveis, ficando o promissário comprador, consequentemente,

desincumbido do ônus de pagar o imposto quando do registro da escritura definitiva.

**4. Verifica-se, assim, que tanto a transmissão definitiva da propriedade imóvel, quanto a promessa de compra e venda com cláusula de irretratabilidade, são fatos geradores da exação fiscal (ITBI), posto se tratem de cessões irretratáveis de direitos reais sobre a propriedade imobiliária, sendo exatamente esta a hipótese fático-jurídica descrita na norma impugnada.**

**5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente para, em consequência, reconhecer a constitucionalidade do artigo 100, inciso V, da Lei Complementar nº 003/1997 do Município de Olinda (Código Tributário Municipal) - com a redação que lhe deu o artigo 3º da Lei Complementar nº 016/2003 do mesmo Município. Decisão por maioria de votos.**

(AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 241892-8, Relator Desembargador Fausto de Castro Campos, Corte Especial, Data do julgamento 01/02/2016). Grifos nossos.

É importante que se avance na análise do tema, considerando, ainda, a questão das cessões de direito à aquisição dos bens imóveis, porém não se pode olvidar que o referido precedente já aponta para uma modificação da jurisprudência pátria, desbordando do simplismo em que vem sendo tratado o tema em questão.

Com efeito, não há como repetir, nos dias atuais, a tese de que o ITBI possui unicamente como fato gerador a transferência da propriedade, uma vez que tal tese não se sustenta diante do nosso arcabouço constitucional.

#### **4. RAZÃO DA PREVISÃO DA INCIDÊNCIA DO ITBI SOBRE AS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA: PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

Conforme amplamente explanado alhures, depreende-se, da leitura dos textos legais, que a realização da promessa de compra e venda, registrada ou não

em cartório, configura cessão de direitos à aquisição de bens imóveis, atraindo a incidência do ITBI sobre tais contratos.

Essa situação foi pensada exatamente tendo por escopo a realização do princípio da igualdade entre os contribuintes.

Com efeito, muitos contribuintes com o objetivo de furtarem-se à incidência do tributo, optam por realizar outras formas de negócio jurídico, diversas da compra e venda tradicional, com o registro do título e a transferência da propriedade.

Esse fato representa um verdadeiro injusto tributário uma vez que tais contribuintes jamais realizam a escritura definitiva, não podendo ser considerados proprietários do imóvel, porém detendo todos os **amplos e irrestritos** direitos que advém do exercício do direito de propriedade, atuando como verdadeiros proprietários, sem, entretanto, nunca levarem a registro o seu título aquisitivo.

Ademais, ao realizarem a transferência do bem imóvel, o que equivaleria à outra compra e venda propriamente dita, esses contribuintes apenas procedem a uma cessão de promessa de compra e venda, por escritura pública ou particular, correspondendo, assim, a uma nova transmissão do bem, porém novamente sem levar a efeito o registro no cartório de imóveis, numa verdadeira tentativa de furtar-se à incidência de ITBI.

Foi exatamente para esses casos que foi pensado o teor da norma sobre cessão de direitos à aquisição dos bens imóveis. Para que tais situações restassem contempladas e não permanecessem como uma brecha nefasta, ferindo a isonomia entre os contribuintes, princípio tão caro à democracia.

O que o legislador constituinte pretende é tributar a manifestação de riqueza configurada na aquisição de uma propriedade ou mesmo nos direitos relativos a tais bens imóveis.

Observe que um particular que realiza uma promessa de compra e venda irrevogável sobre um bem imóvel, em nada difere da situação fática de um particular que realiza a compra e venda propriamente dita e registrada. Ambos exercem os amplos e irrestritos direitos advindos da propriedade de usar, gozar, dispor do bem e reavê-lo de quem o detenha ilegítimamente.

Ora, os particulares que manifestam a expressão de riqueza, decorrente de aumento patrimonial, seja por intermédio da escritura de compra e venda devidamente registrada, seja por intermédio de uma promessa de compra e venda, ou de qualquer outra cessão de direitos que lhes confirmem os mesmos amplos

poderes do direito real de propriedade e de outros correlatos, tais particulares devem ser tratados de forma igualitária.

É preciso, na aplicação do direito, observar dois princípios pilares do Sistema Tributário Nacional, quais sejam, o **princípio da isonomia** e o da **capacidade contributiva**, segundo os quais as manifestações de riquezas devem ser igualmente tributadas, a evitar um injusto tributário.

A isonomia possui, portanto, uma acepção **horizontal** e uma **vertical**.

A acepção horizontal refere-se **às pessoas que estão niveladas** (daí a nomenclatura), na mesma situação e que, portanto, **devem ser tratadas da mesma forma**<sup>[4]</sup>.

Foi exatamente com o objetivo de sanar essa celeuma e atribuir isonomia que o legislador constituinte elegeu outras hipóteses de incidência para além da transmissão de propriedade. Deve-se convir que situações tão intimamente análogas sejam tratadas de forma isonômica pelo legislador e pelo aplicador do direito.

Isso para evitar a clássica situação daqueles que, com o objetivo de furtarem-se à incidência de ITBI, não consolidam o direito real de propriedade em seu nome (não levando a registro o título de propriedade, ou, ainda, permanecendo com promessa de compra e venda), e o transferem a um terceiro, numa verdadeira cessão de direitos à aquisição do imóvel.

É verdade que não pesa sobre o contribuinte a obrigação de consolidar a propriedade em seu nome, com a emissão da escritura definitiva. Essa, de fato, é uma situação que se encontra no bojo da liberdade dos negócios jurídicos privados. Entretanto, o direito não pode ignorar os fatos e a manifestação de riqueza que é, em tudo, análoga àquele que realiza uma escritura definitiva de compra e venda consolidando a propriedade em seu nome. E foi, precisamente, para esses casos em que se previu a incidência de ITBI sobre a transferência de outros direitos reais sobre imóveis, bem como sobre as cessões a sua aquisição.

Vale ressaltar, para que não parem dúvidas sobre a razoabilidade e justiça dessa tributação, que, nos casos em que o particular realiza uma promessa de compra e venda e, posteriormente, consolida a propriedade em seu nome com o registro da escritura definitiva, em tese, NÃO estaria obrigado a realizar dois pagamentos de ITBI sobre o mesmo fato, pois do contrário haveria um patente caso de bitributação.

Nos casos em que ocorre a consolidação da propriedade com a outorga da escritura definitiva de compra e venda após a quitação da promessa, percebe-se que ocorreu apenas uma única manifestação de riqueza, uma verdadeira conclusão do negócio jurídico de promessa de compra e venda anterior já tributada pelo ITBI.

Com efeito, havendo o pagamento de ITBI na promessa de compra e venda, não seria necessária, assim, a realização de uma nova cobrança de ITBI nos casos de outorga de escritura definitiva de compra e venda entre as mesmas partes e com o mesmo objeto da promessa, uma vez que, nesse caso, trata-se apenas de desfecho do negócio jurídico anterior, não havendo uma nova manifestação de riqueza a ser tributada.

Reforço o acima exposto. É necessário que a consolidação da propriedade se dê entre as partes originárias do contrato de promessa de compra e venda. Havendo um terceiro, estranho à relação originária de promessa de compra e venda, não se trata mais de consolidação do negócio jurídico anterior, mas sim de verdadeira cessão de direitos à aquisição, nesse caso devendo incidir ITBI não apenas na promessa de compra e venda como também no registro da escritura definitiva.

Podemos observar que, em qualquer caso de transferência de domínio ou de cessão de direitos sobre transmissão de bens imóveis, deve haver a incidência do ITBI, evitando assim que haja uma tributação injusta e não isonômica, deixando de alcançar situações semelhantes, quais sejam, aquelas em que o contribuinte apresenta um acréscimo patrimonial, porém elege outros meios, para além da escritura pública e seu registro no cartório, revestindo o negócio jurídico de outras roupagens, porém que não nega a essência do negócio, qual seja, a transmissão de direitos reais sobre o imóvel, a expressão de riqueza, autorizando o ente a tributar também nesses casos.

Essa autorização decorre de expressa previsão legal, desde a Constituição de 1947, com a emenda 18, na qual o legislador constituinte verificou a necessidade de abarcar outras situações, para além da transmissão da propriedade por meio do registro do título no cartório, e segue até os nossos dias com a previsão do art. 156, III, da CF.

## **5 CONCLUSÃO**

Após acurada análise sobre o tema posto a exame, outra não pode ser a conclusão, senão a da legalidade e constitucionalidade da incidência do ITBI nas

promessas de compra e venda, sendo, destarte, legítimo o ato da autoridade em lançar e cobrar o imposto devido.

Com efeito, a norma constitucional originária erigiu como fato gerador do ITBI outras hipóteses de incidência, para além da transmissão da propriedade com o registro no Cartório Imobiliário.

A própria evolução histórica das modificações legislativas aponta para esse entendimento. A simples leitura da norma constitucional conduz à conclusão aqui defendida.

Não pode, destarte, a jurisprudência pátria permanecer decidindo apenas com fundamento em precedentes que repetem outros precedentes, sem se debruçar coerentemente sobre a questão. É preciso analisar o tema à luz dos dispositivos legais que o regem, bem como do princípio da isonomia, que impõe o tratamento igualitário para o tratamento jurídico-tributário em manifestações de riquezas.

Enquanto não se pacifica o tema, processos e mais processos abarrotam, tanto o âmbito administrativo, quando o âmbito judicial, causando insegurança jurídica, algo totalmente nefasto às relações jurídico-tributárias.

## **6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 6ª edição, revista e atualizada. Editora Método, 2012.

IRIB. **A promessa de compra e venda no NCC reflexos das inovações nas atividades notarial e Registral**. Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. Disponível em <<http://www.ibr.org.br/obras/a-promessa-de-compra-e-venda-no-ncc-reflexos-das-inovacoes-nas-atividades-notarial-e-registral>> acesso em 04 de abril de 2018

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18/65. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc18-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm)> acesso em 04 de abril de 2018.

### **NOTAS:**



[1] Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[2] Na Constituição de 1946, o ITBI era tributo de competência dos Estados.

[3] **A promessa de compra e venda no NCC reflexos das inovações nas atividades notarial e Registral.** Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/a-promessa-de-compra-e-venda-no-ncc-reflexos-das-inovacoes-nas-atividades-notarial-e-registral>

[4] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 6ª edição, revista e atualizada. Editora Método, 2012. p. 89. Grifos no original.

## O NOVO CRIME DA LEI MARIA DA PENHA E A NOVA ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL

**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.

Foram publicadas no Diário Oficial da União do dia 04 de abril duas novas leis, uma delas alterando a chamada Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06) e a segunda modificando a lei que trata das atribuições investigatórias da Polícia Federal (Lei nº. 10.446/02). As alterações merecem alguma análise. É o que faremos, conjuntamente, a seguir:

A primeira nova lei, mudando o Capítulo II do Título IV da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), acrescentou-lhe a Seção IV, com a seguinte epígrafe:

### *“Seção IV*

#### *Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência*

#### *Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência*

*Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:*

*Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.*

*§ 1o A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.*

*§ 2o Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.*

*§ 3o O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.”*

Até esta alteração legislativa, a sanção prevista para o descumprimento das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha era a decretação da prisão

preventiva, nos termos do art. 313, III do Código de Processo Penal, não sendo cabível a responsabilidade criminal do indiciado ou do acusado pelo crime de desobediência, pois, havendo sanção já prevista para a recalcitrância (a decretação da prisão preventiva), não subsistiria a responsabilidade penal, salvo se houvesse ressalva expressa na lei, como ocorre, por exemplo, nos arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal, relativamente à testemunha faltosa.

Assim, se a lei processual penal já estabelecia a decretação da prisão preventiva em caso de não cumprimento da medida protetiva de urgência, não era possível a responsabilização criminal do agente pelo crime de desobediência. Tal exegese decorre da aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, considerado que é como **ultima ratio**.

**Mutatis mutandis**, vejamos a jurisprudência:

*“Não ocorre o crime do art. 330 do Código Penal, na conduta da vítima, previamente cientificada, que deixa injustificadamente de comparecer à audiência de oitiva, fato que apenas a sujeita à condução coercitiva, nos termos do art. 201, parágrafo único do Código de Processo Penal, que não ressalva a possibilidade de cumulação com o reconhecimento do crime de desobediência.” (TACRSP - RJDTACRIM 28/84).*

*“Não se justifica o processo penal por desobediência, uma vez que a lei prevê remédio específico para a punição da mesma.” (TASP - RT 368/265).*

*“Para a configuração do crime de desobediência não basta o fato material do não cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não cumprimento.” (TACRIMSP – AC – Rel. Chiaradia Netto – RT 399/283).*

Também no Superior Tribunal de Justiça:

*“Para a configuração do delito de desobediência não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção*

*específica em caso de seu descumprimento. Precedentes.”*  
(5ª. Turma – Habeas Corpus nº. 68.144/MG – Relator Ministro Gilson Dipp – j. 24.04.2007 – DJU 04.06.2007, p. 394).

O mesmo se diga em relação ao tipo penal previsto no art. 359 do Código Penal - Desobediência a Decisão Judicial Sobre Perda ou Suspensão de Direito -, considerando que há determinadas medidas protetivas de urgência consistentes na suspensão de direitos como, por exemplo, suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I da Lei Maria da Penha).

É bem verdade que a nova lei, expressamente, não excluiu a aplicação de outras sanções cabíveis; nada obstante, entendemos que se fez referência à possibilidade de decretação da prisão preventiva, além da responsabilidade penal pelo novo delito.

É evidente que denunciar o descumpridor da medida protetiva de urgência por dois ou três crimes - Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência, Desobediência e Desobediência a Decisão Judicial Sobre Perda ou Suspensão de Direito – parece-nos um inaceitável **bis in idem**.

Assim, doravante, além da possibilidade da decretação da prisão preventiva (se não for o caso, evidentemente, da substituição da medida protetiva de urgência por outra mais eficaz, visto que “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”, devendo sempre ser decretada “*em último caso*”, nos termos do art. 282, §§ 4º. e 6º. do Código de Processo Penal), será possível que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime tipificado no art. 24-A da Lei nº. 11.340/06, ainda que se trate de medida determinada por um Juiz cível, o que será raríssimo, tendo em vista se tratar de competência de um Juiz penal.

Neste caso, observa-se que não se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, nada obstante a pena máxima ser igual a dois anos, pois, nos termos do art. 41 da mesma Lei Maria da Penha, não se aplica aos crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar o disposto na Lei nº. 9.099/95.

Portanto, incabível serão a transação penal, a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, a lavratura do Termo Circunstanciado de

Ocorrência, sendo possível, outrossim, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a instauração de inquérito policial (arts. 69, 74, 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95).

Trata-se, ademais, de um crime de ação penal pública incondicionada, cujo procedimento será o sumário, disciplinado nos arts. 531 a 536 do Código de Processo Penal, aplicando-se, por analogia, o art. 538 do Código de Processo Penal.

A nova lei afastou, igualmente, a possibilidade de aplicação do art. 322 do Código de Processo Penal, pois, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança, não mais a autoridade policial, como é permitido nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, nos termos do artigo acima citado.

Já a outra nova lei, a de nº. 13.642/18, acrescentou o inciso VII ao art. 1º. da [Lei nº 10.446/02](#), que regulamenta o inciso I do § 1º. do art. 144 da Constituição Federal, dispondo sobre a atribuição da Polícia Federal para investigar infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

De agora em diante, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos demais órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição, especialmente as Polícias Militares e Cíveis dos Estados, também proceder à investigação de *“quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.”*

Por fim, observa-se que a [Lei nº 10.446/02](#) trata apenas de atribuição da Polícia Federal, e não de competência da Justiça Comum Federal, cujo tratamento encontra-se no art. 109 da Constituição. Portanto, salvo hipótese de incidência de um dos incisos deste artigo – por exemplo, os seus incisos V e V-A – a competência para o processo, julgamento e execução continuará sendo, em regra, da Justiça Comum Estadual.

## O EXAGERO DO FORO PRIVILEGIADO NO BRASIL

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

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a discussão do exagero foro privilegiado no Brasil e a necessidade da sua limitação. Estima-se que existem aproximadamente 55 mil pessoas com foro privilegiado no Brasil, um número considerado exagerado para os padrões mundiais, segundo alguns especialistas jurídicos. Anacrônico, especialmente diante da evolução dos regimes democráticos de direito, o modelo adotado no Brasil padece pelos excessos.

**Palavras-chave:** Foro privilegiado; Brasil; Exageros; Limitação.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the exaggerated privileged forum in Brazil and the need for its limitation. It is estimated that there are approximately 55 thousand people with privileged forum in Brazil, a number considered exaggerated by world standards, according to some legal experts. Anachronistic, especially given the evolution of democratic regimes of law, the model adopted in Brazil suffers from excesses.

**Keywords:** Privileged fórum, Brazil, Exaggeration, Limitation.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo la discusión del exagero foro privilegiado en Brasil y la necesidad de su limitación. Se estima que hay aproximadamente 55 mil personas con foro privilegiado en Brasil, un número considerado exagerado para los estándares mundiales, según algunos expertos jurídicos. Anacrónico, especialmente ante la evolución de los regímenes democráticos de derecho, el modelo adoptado en Brasil padece por los excesos.

**Palabras clave:** Foro privilegiado, Brasil, Exageros, Limitación.

---

### I INTRODUÇÃO

Foro privilegiado é um direito adquirido por algumas autoridades públicas, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo que possam ter um julgamento especial e particular quando são alvos de processos penais.

Formalmente chamado de “Foro por prerrogativa de função”, o foro privilegiado é atribuído aos indivíduos que ocupam cargos de alta responsabilidade pública, como: Presidente da República, Vice-Presidente, o Procurador-Geral da República, os ministros e os membros do Congresso Nacional.

Conforme consta na Constituição Brasileira de 1988, a investigação e o julgamento das infrações penais das autoridades com foro privilegiado passa a ser competência do Supremo Tribunal Federal – STF. Normalmente, entre os indivíduos sem foro privilegiado, as ações penais costumam tramitar nos Juízos de primeira instância.

Existem críticas a respeito da eficiência do foro privilegiado no Brasil, pois seria um “privilégio” que afronta diretamente o artigo 5º da Constituição Federal.

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

No entanto, ao contrário do que muitas pessoas pensam, o intuito do foro privilegiado é proteger a atividade do cargo público (a chamada “coisa pública”) ocupado pela pessoa sob acusação penal, e não a pessoa em si.

O fim do foro privilegiado é garantido quando a pessoa sob determinada acusação penal deixa de assumir o cargo público que lhe garantia este privilégio. Neste caso, o seu julgamento não compete mais ao STF.

Estima-se que existem aproximadamente 55 mil pessoas com foro privilegiado no Brasil, um número considerado exagerado para os padrões mundiais, segundo alguns especialistas jurídicos.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O foro especial por prerrogativa de função - conhecido coloquialmente como foro privilegiado - é um dos modos de estabelecer-se a competência penal. Com

este instituto jurídico, o órgão competente para julgar ações penais contra certas autoridades públicas - normalmente as mais graduadas nos sistemas jurídicos que a utilizam - é estabelecido levando-se em conta o cargo ou a função que elas ocupam, de modo a proteger a função e a coisa pública. Por ligar-se à função e não à pessoa, essa forma de determinar o órgão julgador competente não acompanha a pessoa após o fim do exercício do cargo.

Criado como uma resposta à irresponsabilidade penal dos governantes, típica do absolutismo, buscava garantir a responsabilização daqueles que exerciam altos cargos governamentais. Por isso, é ainda hoje utilizado nos ordenamentos jurídicos de vários países de tradição romano-germânica, especialmente no Direito brasileiro. Neste sentido, remonta a uma separação entre privilégio (ou privilégio pessoal) e prerrogativa (ou privilégio real - de res, coisa). O primeiro abarcaria os privilégios de nascimento, aqueles concedidos às pessoas devido à família na qual nasceram, isto é, à origem. A segunda refere-se aos direitos transitórios que uma função confere àquele que a ocupa, isto é, direitos que se ligam ao cargo e existem para permitir o seu melhor exercício.

Com o surgimento das cidades-estados gregas, temos o aparecimento de diversas classes às quais correspondiam diversos privilégios, como: somente os cidadãos poderiam participar da vida política (o que excluía a maior parte da população); a existência de certos benefícios para aqueles que ocupavam determinados cargos; etc. Em Roma, existiam privilégios associados às classes e, também, aos cargos, como: certas classes tinham preferência na ordem das votações; somente certas classes podiam ocupar cargos públicos importantes como aqueles do Senado e as magistraturas; além do estabelecimento de tribunais especiais para o julgamento dos senadores e dos magistrados. Não havia distinção entre prerrogativa e privilégio, o que pode ser denotado pela origem latina de ambos os vocábulos. *Privilegium* denominava a lei ou medida tomada em favor de um particular; já *praerogativa* era o nome que designava a centúria que primeiro votava nas assembleias, sendo, assim, um privilégio.

Com Constantino I e o Édito de Milão, o cristianismo torna-se a instituição que mais cresce dentro do Império, passando seus membros a exercer outras funções públicas (a mais importante delas é a função judicante dos bispos) e a oficializar as relações entre Estado e Igreja. Isto cria novos privilégios para a



Igreja. Assim, o surgimento dos privilégios nas sociedades antigas acompanhou o aparecimento e o aperfeiçoamento da política, da vida pública.

A partir de Justiniano, tornam-se comuns instituições que durarão toda a Idade Média, como a forte separação em classes, levando a um conjunto de práticas que refletem essa separação. Assim, surgem leis que puniam de modo diferenciado as pessoas de acordo com a classe a que pertenciam. Um bom exemplo é a Lex Julia de adulteriis, sobre casamento, que punia o homem de baixa extração com suplícios corporais e o nobre com o confisco de metade de seus bens. Também passam a existir diferenças processuais (como uma hierarquia entre as testemunhas: a palavra do nobre valia mais que a palavra do homem comum) e tribunais ou foros especiais para certas classes, estabelecendo o princípio do julgamento pelos pares: nobres julgavam nobres e clérigos julgavam clérigos.

A partir do século XII, com a dominação normanda, o poder dos monarcas na Inglaterra passou a encontrar resistência em diversos setores da sociedade, especialmente na nobreza e no clero. Muito representativo dessa resistência são os constantes embates entre essas partes, que podem ser evidenciados pelos documentos constantemente editados estabelecendo novas limitações ou concessões, como as Constituições de Clarendon e a Magna Carta. Em relação à nobreza, vê-se uma limitação cada vez maior do poder real em benefício do poder dos barões. Entretanto, em relação ao clero, percebe-se uma tentativa de afirmar o poder do monarca frente ao poder do papa. Estas tentativas tinham origem na concessão de privilégios aos funcionários reais e à nobreza: tratava-se de um tipo de compensação. Assim, com o passar do tempo, várias imunidades e privilégios foram concedidos aos funcionários reais frente à jurisdição papal e as imunidades do clero frente à jurisdição real foram sendo abolidas.

Numa segunda fase, com o advento da era moderna, os privilégios reais também foram sendo limitados e abolidos graças à atuação do parlamento. Sintomáticos são os seguintes diplomas: o "Petition of Right" de 1628, o "Habeas Corpus Act" de 1679, o "Bill of Rights" de 1689 e o Decreto de Estabelecimento de 1701. É possível, assim, concluir que as limitações aos privilégios tiveram uma influência decisiva no constitucionalismo inglês que se espalharia pelo mundo após as revoluções liberais.

Na Península Ibérica, os monarcas possuíam um poder maior dentro de seu território, sem oposição de uma nobreza forte, mas com uma maior influência da Igreja, o que acabou por gerar uma situação bem diferente daquela existente na Inglaterra, mudando as relações entre os monarcas e o Clero e facilitando o desenvolvimento de legislações próprias que concediam muitos privilégios, como a Lei das Siete Partidas castelhana e as Ordenações portuguesas. As ordenações traziam, também, regras para efetivar a punição de modo distinto de acordo com a classe social a qual as pessoas pertenciam, como nobres e clérigos. Assim como as regras romanas do período bizantino, as ordenações portuguesas traziam tanto regras de direito material como de direito processual. Com o passar do tempo, várias categorias adquiriram privilégios (não só de foro) nas ordenações, como os "letrados" e outros funcionários reais de menor escalão. Estas ordenações foram aplicadas no Brasil Colônia ficando em vigor até a edição dos primeiros códigos brasileiros durante o Império, em fins do século XIX, e na República Velha, no início do século XX.

A [Revolução Americana](#) foi a primeira a realizar uma revogação de todos os privilégios definidos a partir da origem das pessoas, isto é, levando-se em conta a classe à qual pertenciam. Algum tempo depois, a [Revolução Francesa](#), também, teve o mesmo sentido de eliminação dos privilégios de nascimento.<sup>[11]</sup> Assim, a [igualdade](#) foi a "pedra angular" da revolução americana, conforme dito por [Alexander Hamilton](#), e, também, da francesa. Entretanto, ambas as revoluções reconheceram o caráter natural da desigualdade ao fundarem uma igualdade formal (baseada na aplicação isonômica da lei) e uma desigualdade material (baseada no mérito individual). Também, essas revoluções perceberam a necessidade de cercar-se determinados cargos de certas qualidades que tornassem possível o seu desenvolvimento independente, isto é, sem influências. Foi assim que apareceram as prerrogativas separadas dos privilégios: certos cargos precisavam de garantias que permitissem o seu bom exercício (como a [vitaliciedade](#) dos magistrados, por exemplo).

A utilização da função ou do cargo para determinar o [foro de julgamento](#) como forma de substituir os privilégios pessoais, isto é, aqueles conferidos a pessoas em virtude da classe na qual nasceram, apareceu pela primeira vez na [Constituição Americana de 1787](#), no instituto do "[impeachment](#)", funcionando apenas para os casos de responsabilidade política. Essa técnica foi

muito ampliada pela [Constituição espanhola de 1812](#) e a [portuguesa de 1822](#). As constituições posteriores desses países mantiveram esse instituto, até os dias atuais.

A Constituição brasileira do Império - claramente inspirada em outros diplomas liberais, como a Constituição francesa de 1791, a espanhola "de Cádiz" e a portuguesa "do Porto" - expandiu grandemente o uso da prerrogativa de função como modo de definir o foro. Inicialmente, a Assembleia Constituinte de 1823 era praticamente dominada por elementos liberais que queriam uma Monarquia constitucional limitada. Entretanto, isto se chocou com a vontade do imperador e a estrutura predominante no Brasil, senhorial e escravocrata. Com a dissolução da Assembleia e a outorga de uma Constituição pelo Imperador, surpreende a manutenção do fim dos privilégios de natureza pessoal, deixando apenas aqueles de natureza real (prerrogativas), isto é, aqueles relativos à res, às coisas (referindo-se aos cargos).

Assim, dividiu esta Constituição a prerrogativa de foro entre o Judiciário (Supremo Tribunal de Justiça) e o Legislativo (Senado). Entretanto, a total eliminação dos privilégios não foi alcançada, haja vista que a Igreja (seus membros) continuou gozando de imunidade em relação às cortes.

A Constituição de 1891, a primeira da República no Brasil, promoveu a efetiva eliminação dos privilégios, com a separação entre Estado e Igreja, e manteve o foro por prerrogativa de função, para garantir a responsabilidade dos governantes, reproduzindo, inclusive, o instituto do "impeachment", de criação americana. As constituições brasileiras posteriores pouco fizeram além de manter o foro por prerrogativa de função e mudar o rol de cargos sujeitos a esta forma de determinação da competência, bem como dos órgãos responsáveis pelo julgamento. Por exemplo, a Emenda Constitucional nº 1, promulgada no regime militar foi a primeira a incluir os membros do Congresso Nacional no rol de autoridades, aumentando enormemente o seu número.

Na Inglaterra, os tribunais superiores não exercitam competência originária em nenhuma matéria, isto é, eles só se pronunciam sobre casos já analisados pelos tribunais inferiores (logo, possuem apenas competência recursal). Isso se deve, além de razões históricas e sociais, também à irresponsabilidade penal do soberano, muito comum em governos de tipo monárquico.

Nos Estados Unidos, também inexistem qualquer competência deste tipo exercida pelos tribunais superiores, tanto federais como estaduais. Assim, o que subsiste, apenas, é o litígio envolvendo embaixadores de outros países, que são decididos em competência originária pela Suprema Corte. Isto sem contar o "impeachment". Entretanto, aqui não é exercitada uma competência penal, mas política, e a pena é, tão somente, a destituição do cargo (com o posterior julgamento do fato pelas instâncias inferiores, se for o caso). Uma das principais dificuldades para reformas neste sentido deve-se à interpretação dominante da Suprema Corte sobre a impossibilidade de ampliação dos seus poderes originários.

Em Portugal, o foro por prerrogativa de função está definido de modo lacônico nos artigos 130 e 196 da Constituição portuguesa. Ao contrário do caso brasileiro, a Constituição portuguesa não esgota a matéria, o que fica a cargo do Código de Processo Penal e, subsidiariamente, das leis de organização judiciária (por exemplo, a lei nº 28 de 1982), que estabelecem a competência originária do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais das Relações. Além disso, é muito menor o uso do instituto em Portugal. Podemos citar, como exemplo, que os membros do Poder Legislativo português não gozam de foro por prerrogativa de função, ao contrário do presidente desse mesmo Poder Legislativo.

Na Espanha, o foro especial por prerrogativa de função vem definido no artigo 102 da Constituição espanhola. Assim como na lei maior portuguesa (e ao contrário da brasileira), o tratamento constitucional do instituto é mínimo. Muito é deixado para a legislação infraconstitucional; no caso, a lei orgânica do poder judiciário. Nesta lei, a competência originária dos tribunais superiores (o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Justicia, um em cada comunidade autônoma) é definida de modo muito próximo àquela do Direito brasileiro: um grande rol de autoridades sujeitas a esse modo de definição da competência penal. Entretanto, a experiência espanhola apresenta suas peculiaridades, muito em face do Reino de Espanha não ser organizado de modo federativo.

Na França, inexistem uma competência penal originária dos tribunais em relação a ocupantes de altos cargos governamentais, membros do judiciário ou do ministério público. Entretanto, em 23 de novembro de 1993 uma lei francesa criou uma nova corte, a "Cour de Justice de la République", com competência penal sobre os ministros do governo. Logo, pode-se falar na existência de um único caso de foro especial por prerrogativa de função.

Na Alemanha, existe apenas o "impeachment", por influência do constitucionalismo americano. Entretanto, a Lei Fundamental de Bonn estabelece que a decisão sobre a aceitação da acusação a um juiz pertence à "Corte Constitucional Federal", o que se assemelha à prerrogativa de função.

No Brasil, esta forma de fixar-se a competência penal é muito utilizada pela Constituição em vigor, com um rol ampliado de agentes públicos que devem a ela se submeter e de tribunais responsáveis pelo julgamento. Entre as autoridades que são julgadas originariamente por um tribunal no Brasil, temos: o chefe e os ministros (tanto civis como militares) do executivo federal e os chefes dos poderes executivos estaduais; todos os membros do Poder Legislativo (bem como os membros do Tribunal de Contas da União); todos os membros do Poder Judiciário; e, ainda, todos os membros do Ministério Público. Em relação aos tribunais que exercitam este tipo de competência, temos: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior Eleitoral; o Superior Tribunal Militar; os Tribunais Regionais Federais; os Tribunais eleitorais; e os Tribunais de Justiça dos Estados-membros.

A maior parte da competência originária dos tribunais está definida na Constituição da República, mas existe espaço para que haja novas definições nas Constituições estaduais, em relação às autoridades estaduais, e em leis federais, em relação à competência das justiças eleitoral e militar.

Também, sua aplicação está restrita à prática de atos definidos em lei federal como crimes, bem como para a prática de crime de responsabilidade, não havendo tal definição da competência para atos de natureza civil.

Em março de 2017, o senador Randolfe Rodrigues tomou iniciativa para buscar assinaturas de senadores para que assinem urgência no projeto de autoria do senador Álvaro Dias que pede o fim do foro privilegiado.

Atualmente, no Brasil, existe um acirrado debate, tanto no âmbito da academia quanto no corpo da sociedade civil, sobre os méritos do instituto. Este debate levou a diversas propostas no Congresso Nacional brasileiro para acabar com o instituto, especialmente após as manifestações no Brasil em 2013.

Os argumentos daqueles que são favoráveis ao instituto, ou que consideram que a mudança nessas regras de competência pouco afetaria a ocorrência de possíveis crimes nos altos escalões da república, concentram-se na duração do processo e na possibilidade de maiores pressões de natureza política e econômica nos julgamentos de primeiro grau.

Cláudio Weber Abramo, da ONG Transparência Brasil, diz que a possibilidade de recorrer a outras instâncias tornaria as condenações mais difíceis do que já são; já que, quanto mais alta a corte, maior a sua eficiência no sistema judiciário brasileiro. No mesmo sentido, Marcelo Figueiredo, ex-diretor da Faculdade de Direito da PUC-SP, afirma que o fim do instituto só faria sentido se fossem garantidas condições de execução mais rápida das sentenças de primeiro grau. Assim, também, David Rechulski, advogado especialista em Direito Penal, que acredita que o fim do foro especial por prerrogativa de função poderia aumentar a sensação de impunidade, já que os processos demorariam mais tempo.

Por outro lado, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes argumenta, em artigo publicado pelo jornal Folha de S. Paulo, que o foro especial não é um privilégio porque segundo ele piora a situação do réu. De acordo com Gilmar pessoas não sujeitas ao instituto podem ter três ou até quatro revisões da primeira decisão; aqueles julgados pelo STF não podem recorrer a ninguém. Além disso, o debate é maniqueísta e hipócrita porque não percebe que o problema não é o instituto em si, mas a conjuntura do sistema judicial brasileiro. No fim, perigo maior do que a procrastinação dos processos seria a pressão e todo um jogo da pequena política nas menores comarcas brasileiras. Com a mesma preocupação, o ex-ministro da justiça do governo Fernando Henrique Cardoso, José Gregori, argumenta que sem o foro por prerrogativa de função teríamos mais possibilidades de influências e pressões políticas nos julgamentos. Também, o jornalista Reinaldo Azevedo acredita que o fim do instituto aumentaria a chance de perseguição política e de venda de sentenças, já que são muitos os juízes de primeira instância e, portanto, mais difícil ficar atento a todos os casos.

Para aqueles que são contrários à existência do foro por prerrogativa de função o principal argumento reside na incompatibilidade da estrutura dos tribunais de segundo grau, dos superiores, como do STF para fazer frente ao volume e ao tipo de trabalho gerado pelo instituto. Assim, Luiz Guilherme Arcaro Conci, professor da Faculdade de Direito da PUC-SP, em artigo para a revista

CartaCapital, acredita que a realização da instrução, a produção de provas, diretamente pelos tribunais de apelação ou por aqueles superiores é problemática, porque estes órgãos não estão acostumados a realizá-la, já que, no sistema processual brasileiro, toda instrução é realizada nos juízos de primeira instância, recebendo-os tribunais - o processo "pronto" para julgar. Logo, o julgamento pode tumultuar o funcionamento regular de um tribunal, dependendo do número de réus a serem julgados, o que pode ser verificado no julgamento da "Ação Penal 470", no STF. No mesmo sentido, Joaquim Barbosa, ministro do STF, entende que os tribunais superiores têm muitos outros processos para julgar, o que torna moroso o julgamento por essas instituições de uma ação penal.

O professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Túlio Vianna, em artigo para a Revista Fórum, concordando com este argumento escreveu que a grande questão do instituto não é quem julga; mas, sim, quem presidirá a instrução. A morosidade na coleta de provas, ou a sua coleta deficiente, ocasionada pela falta de estrutura dos tribunais de maior graduação para realizar essa tarefa, torna praticamente inviável qualquer condenação, já que, fatalmente, ocorrerá a prescrição do crime. Ainda, critica a extensão do rol de autoridades submetidas a esse modo de determinação da competência, o que não se justificaria em uma república: apenas a possibilidade de grande instabilidade política pode justificar o instituto, defendendo o autor a sua manutenção apenas no caso de crimes cometidos pelo Presidente da República. Neste sentido de limitação dessa regra, o ministro do STF, Celso de Mello, também defende o fim ou a limitação do instituto, de modo que ele atinja somente os chefes dos três poderes. Segundo ele, a estrutura da primeira instância permitiria um julgamento mais ágil dos processos.

Também a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), desde 2007, se posiciona pelo fim do foro especial, lançando campanha e um levantamento sobre o julgamento das ações penais iniciadas seguindo-se a regra da competência originária nos dois mais altos tribunais do Brasil. Segundo esse levantamento, os tribunais superiores recebem mais processos contra autoridades do que são capazes de julgar. Apenas 4,6% das ações penais abertas no Supremo Tribunal Federal desde 1988 foram julgadas. No caso do Superior Tribunal de Justiça, o índice é ainda menor: 2,2%. Isto é, dos 130 processos desse tipo iniciados na mais alta corte brasileira, seis foram concluídos; sendo que todos terminaram em absolvição dos

réis. Treze deles, inclusive, prescreveram antes de ir a julgamento. No STJ, das 483 ações penais ajuizadas no mesmo período, 16 foram julgadas. Houve condenação em cinco casos e absolvição em 11. Do total, 71 ações prescreveram antes do julgamento.

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) também defende o fim do foro privilegiado. Historicamente, a ANPR defende a extinção do foro privilegiado por acreditar que em um país republicano todos são iguais perante a lei. De acordo com o presidente da ANPR, José Robalinho Cavalcanti "Não há razão alguma jurídica ou técnica para manter o foro privilegiado. As magistraturas – Ministério Público e o Judiciário – são instituições compostas por integrantes concursados, com perfil técnico para cumprir suas atribuições constitucionais". A Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) defende o fim do foro e usou estatísticas que demonstram dados de que o Brasil é o país da impunidade para defender sua tese.

Em outubro de 2016, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso defendeu o fim do foro privilegiado. Em um evento, o ministro afirmou que "Ele é feito para não funcionar". Em outras ocasiões o ministro Barroso já havia defendido o fim do foro privilegiado. No mesmo mês, a delegada da Polícia Federal integrante da força-tarefa Operação Lava Jato, em Curitiba, Erika Mialik Marena, defendeu em debate na Câmara dos Deputados, o fim do foro privilegiado de autoridades e o fortalecimento da estrutura das polícias judiciárias civil e federal. Os ministros do STF Edson Fachin, Marco Aurélio Mello e Rosa Weber também se posicionaram contrários ao foro privilegiado. O jornalista José Nêumane Pinto é um grande crítico do foro privilegiado, que segundo ele "não é uma forma de defesa da representação popular, objetivo teórico do foro, mas, sim, garantia de impunidade, pois o STF não tem o mesmo rigor do que juízes como Sérgio Moro".

Em fevereiro de 2017, o ministro do STF, e relator da operação Lava Jato Edson Fachin se mostrou crítico ao foro privilegiado após Luís Roberto Barroso decidir levar para o plenário do STF uma proposta para restringir o foro, a partir de uma ação penal contra o prefeito de Cabo Frio, Marquinhos Mendes (PMDB-RJ), acusado de compra de votos em 2008 e que posteriormente assumiu como deputado federal, e por essa condição levou o caso ao STF, tribunal onde deputados federais e senadores têm foro. Fachin ainda lembrou já de ter sido crítico ao foro em outras ocasiões. "Eu, já de muito tempo, tenho subscrito uma visão crítica do chamado



foro privilegiado por entendê-lo incompatível com o princípio republicano, que é o programa normativo que está na base da Constituição brasileira", afirmou o ministro.

O foro privilegiado das autoridades brasileiras não tem paralelos no mundo. Um Levantamento feito em 20 países da América, Europa, África e Ásia mostra que o benefício aqui não só atinge um número maior de pessoas como pode ser usufruído por autoridades dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Enquanto em alguns estados, como no Rio de Janeiro, até vereadores usam o direito do julgamento em instâncias diferentes do restante da população, nos Estados Unidos, nem o homem mais poderoso do mundo, o presidente Donald Trump, tem o benefício. Por lá, tanto integrantes do Executivo como os parlamentares podem ser julgados na primeira instância da Justiça.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Supremo analisa proposta para restringir alcance do foro por prerrogativa de função. Para relator, só devem ser julgados pela corte os deputados e senadores que cometeram crimes durante e em razão do cargo ou mandato. A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) votou nesta quinta-feira (23/11) a favor de limitar o alcance do foro por prerrogativa de função, o chamado foro privilegiado, para deputados federais e senadores. Até o momento, sete dos 11 ministros votaram favoráveis a uma restrição.

O relator do caso no STF, o ministro Luís Roberto Barroso, considerou que políticos que têm direito a foro privilegiado - como deputados e senadores - só devem ser julgados pelo Supremo se os crimes imputados a eles ocorrerem durante e em razão do cargo ou mandato.

A decisão final do Supremo, porém, foi suspensa após o ministro Dias Toffoli pedir vista do processo. Um pedido de vista de um ministro do Supremo demora, em média, um ano, segundo um estudo da Fundação Getúlio Vargas.

Anacrônico, especialmente diante da evolução dos regimes democráticos de direito, o modelo adotado no Brasil padece pelos excessos.

### **REFERÊNCIAS**

AMORIM, Sílvia. **Sem foro privilegiado, impunidade cresce, avaliam especialistas.** Publicado em O Globo, em 12 de julho de 2013. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

AZEVEDO, Reinaldo. **Fim do mal chamado foro privilegiado é só o moralismo dando um tiro no pé da moralidade.** Publicado em Veja.com, em 9 de julho de 2013. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função.** Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008.

BRESCIANI, Eduardo e RECONDO, Felipe. **Proposta acaba com foro privilegiado de parlamentares.** Publicado em O Estado de S. Paulo, em 17 de setembro de 2013. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

BRÍGIDO, Carolina. **Barbosa critica foro privilegiado de políticos no Brasil.** Publicado em O Globo, em 3 de maio de 2013. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Por que o foro privilegiado?.** Publicado em CartaCapital, em 27 de julho de 2012. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

FALCÃO, Márcio e GUERREIRO, Gabriela. **Congresso quer votar fim do foro privilegiado até sexta-feira.** Publicado em Folha de S. Paulo, em 9 de julho de 2013. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português.** Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1991.

GALLUCCI, Mariângela. **Foro privilegiado contribui para impunidade, aponta AMB.** Publicado em Universo Online, em 5 de julho de 2007. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Critérios para fixação de competência penal sob o prisma constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 277, 10 de abril de 2004. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma.** 16<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787 - 1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MELLO, Celso de. **Celso de Mello critica foro por prerrogativa de função**. Revista Consultor Jurídico, 26 de fevereiro de 2012. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

MENDES, Gilmar. **A maldição do foro**. Publicado em Folha de S. Paulo, em 11 de março de 2012. Acesso em: 25 de novembro de 2017.

VIANNA, Túlio. **Extinguir o foro privilegiado**. Publicado em Revista Fórum, em 27 de junho de 2012. Acesso em: 25 de novembro de 2017.



## ISS. EXAME DO SUBITEM 14.14 DA LISTA DE SERVIÇOS

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

O subitem abaixo foi introduzido pela Lei Complementar nº 157/16. Fazemos uma breve análise esclarecedora.

### **14.14 – Guincho intramunicipal, guindaste e içamento**

Importante observar, desde logo, que nos serviços de guincho intramunicipal estão excluídos aqueles prestados nas rodovias pedagiadas ainda que se circunscrevendo no território de um único Município. Isso porque o serviço de guincho faz parte do fato gerador complexo do serviço de exploração de rodovia previsto no item 22 da lista de serviços.

A expressão “guindaste e içamento” ajuda a compreensão do texto para fins de incidência do ISS. Não se caracteriza serviço se o guindaste for locado para o locatário operar a máquina por conta própria, pois ninguém presta serviço a si próprio. Pressupõe que o dono da máquina forneça um técnico operador para executar a atividade de içamento.

É preciso distinguir a mera locação de guincho, cuja tributação pelo ISS é vedada pela Súmula Vinculante nº 31 do STF, com a locação de guincho seguida da prestação de serviço para operar a máquina, cuja tributação subsume-se no item de serviços sob comento.

A Súmula vinculante nº 31 tem o seguinte teor:

“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.”

Contudo, a proposta de Súmula Vinculante que partiu do Ministro Joaquim Barbosa, conforme se depreende dos debates havidos na redação da citada Súmula, tinha a seguinte redação:

“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis *dissociadas da prestação de serviços*”.

Mas, a expressão final foi suprimida porque no julgamento que ensejou a formalização do *leading case* não houve debates em torno da associação da locação de bens móveis com serviços, como bem ponderou o Ministro Marco Aurélio.

Outrossim, inegável que a jurisprudência do STF vem evoluindo no sentido de reinterpretar o inciso III, do art. 156 da CF afastando o entendimento de que a Carta Política encampou o conceito de serviço ditado pelo Direito Privado, para concluir que o legislador constituinte original cometeu à lei complementar a tarefa de definir o serviço que pode ser tributado pelo imposto municipal, e não simplesmente elencar ou catalogar os serviços, como tais considerados pelo direito civil.

Nesse sentido, a Ementa do Recurso Extraordinário abaixo transcrita que em seu tópico tópico 21 bem demonstra a reinterpretação do texto constitucional de que falamos:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 156, III, CRFB/88. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ARTIGOS 109 E 110 DO CTN. AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (PLANO DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE) REALIZAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SUJEITA AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA-ISSQN, PREVISTO NO ART. 156, III, DA CRFB/88.

[...]

21. Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.

[...]

27. Ex positis, em sede de Repercussão Geral a tese jurídica assentada é: “As operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88”. 28. Recurso extraordinário DESPROVIDO” (RE nº 651703, Relator Min. Luiz Fux, *DJe* de 26-04-2017).

De fato, atualmente a distinção entre a tributação pelo ICMS e a tributação pelo ISS não repousa exclusivamente na diferenciação entre a obrigação de dar e a de fazer, sendo forçoso reconhecer que o texto constitucional deixou a critério do legislador complementar a definição dos serviços tributáveis, conforme se depreende da parte final do inciso III, do art. 156: “... definidos em lei complementar”. Por isso, a lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 integra o aspecto nuclear do fato gerador do ISS.

## TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS: EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS À VEDAÇÃO AOS MAUS-TRATOS

**KESSY JHONNES MONTEIRO RODRIGUES:** Bacharelado em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

**KARINE ALVES GONÇALVES MOTA**

(Prof(a). Orientadora)[1]

**RESUMO:** O presente trabalho aborda os maus-tratos, proteção animal e direitos dos animais. O tema tem sido bastante discutido, visto que os direitos dos animais vêm sendo violados há séculos, como consequência da insistência do homem em prosseguir com a prática de maus-tratos contra animais. Este tema se revela de grande importância, pois os animais são passíveis de direitos, tendo em vista que são seres vivos e têm sensações físicas e emocionais parecidas às humanas. Para tanto, serão abordadas normas nacionais e internacionais de maior relevo, as quais regulam as condutas de maus-tratos e estabelecem as punições aos infratores. Neste contexto, busca-se discutir se as penalidades impostas são adequadas. O estudo em questão traz uma análise da tutela penal do direito ambiental para, após situado o ramo jurídico em que se insere a proteção dos animais, bem como seu histórico, abordar a proteção, a fiscalização e a efetividade de seus recursos jurídicos. Observando se o ordenamento jurídico brasileiro tem efetividade na vedação aos maus-tratos aos animais. Esses e outros questionamentos são abordados no decorrer do trabalho, demonstrando o longo caminho que ainda há de se percorrer em prol da efetividade do direito dos animais.

**Palavras-Chave:** Direitos dos Animais; Maus-Tratos; Legislação.

**ABSTRACT:** This paper addresses maltreatment, animal protection and animal rights. The issue has been much discussed, since animal rights have been violated for centuries, as a consequence of man's insistence on continuing to abuse animals. This theme is of great importance because animals are entitled to rights, since they are living beings and have physical and emotional sensations similar to human. To this end, national and international standards of greater importance will be addressed, which regulate maltreatment and punish offenders. In this context, it is sought to discuss whether the penalties imposed are adequate. The study in



question provides an analysis of the criminal protection of environmental law to address the protection, supervision and effectiveness of its legal resources, after establishing the legal branch in which the protection of animals, as well as its history, take place. Observing whether the Brazilian legal system is effective in preventing animal abuse. These and other questions are addressed throughout the work, demonstrating the long path still to be taken in favor of the effectiveness of animal rights.

**Key Words:** Animal Rights; Mistreating; Legislation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Direito dos animais: 2.1 Declaração universal dos direitos dos animais; 2.2 Evolução Histórica das normas infraconstitucionais de proteção ao direito dos animais no ordenamento jurídico brasileiro; 2.3 Direito dos animais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3. Maus-tratos, Fiscalização e penalidades: 3.1 Maus-tratos; 3.2 Fiscalização; 3.3 Penalidades. 4. Considerações finais. 5. Referências.

---

## I. INTRODUÇÃO

O animal sempre foi visto como um instrumento ou objeto ao qual o homem encontrava meios de usufruir, desde a primitiva caça para subsistência, à domesticação de algumas espécies tanto para proteção como para próprio aperfeiçoamento da caçada, posteriormente moldando nesse contexto o uso do animal como objeto de uso contínuo, para roupas, alimentos, trabalhos laborais e consequente recurso financeiros como moeda de valor.

Na relação do ser humano com os animais, observa-se que com o avanço da história surge uma moderação no pensamento coletivo da necessidade do uso do animal somente para servir aos homens, tornando-se importante a mudança de compreensão e atitudes com relação a esses seres vivos, através da conscientização de que os animais possuem alma, sentimento e estímulos físicos como frio, calor e fome. Em meio a tantos debates com relação a vida pregressa e atual dos animais o que se discute, é se estes seres têm, ou não, amparo legal de modo a garantir de modo satisfatório os seus direitos, mesmo sendo animais irracionais, porém, com sensações tão semelhantes a dos humanos, protegidos pela legislação.

O conceito de dignidade humana engloba além da vida humana, estendendo-se aos animais, como direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Protegendo os animais principalmente no que diz respeito à temática dos maus-tratos como forma de resguardar não apenas o meio ambiente, sendo a vida humana mantida diretamente ligada à ele. Em relação a visão do direito ambiental, o direito dos animais surge como uma nova temática a ser estudada, a preocupação com o meio ambiente demonstrada pela Constituição Federal, lhes conferiu natureza difusa e coletiva, um bem a ser protegido no interesse de toda a humanidade.

Com a estruturação desse pensamento aos poucos construído, caminha-se no campo jurídico em uma visão de positivizar esse entendimento, garantindo de forma legal a proteção e o cuidado para com a vida animal, bem como, com o reconhecimento destes como seres sencientes. Essa vertente pode ser observada com a criação da Declaração Internacional dos Direitos dos Animais de 1978, pela UNESCO, como também no ordenamento jurídico brasileiro que além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conta com Decretos e Leis que versam sobre o tema de proteção dos direitos dos animais. Outro exemplo é a Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que tipifica como criminosa ao praticar abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, doméstico ou domesticado, nativo ou exótico, prevendo pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Inobstante conter no ordenamento jurídico brasileiro normas de proteção e respeito ao meio ambiente e especificamente aos animais, a vedação de maus-tratos, se percebe que tais normas têm caráter mais educacional que punitivo, e tal posicionamento gera uma violação não rara desses direitos reconhecidos, uma vez que tem a sociedade em seu âmbito uma visão antropocêntrica que ainda vê o homem como o centro e o animal como um bem de uso a ser explorado.

Categoricamente, apesar de não poder dizer que os animais são titulares de direitos fundamentais devido à falta expressa de uma norma, vistos pela perspectiva centrada no ser humano, poderiam ser, portanto caracterizados de forma semelhante como sujeitos de direitos tutelados pela Constituição Federal. Ao fazer uma analogia de tais direitos inseridos na Constituição em relação à dignidade dos animais e do direito ao meio ambiente equilibrado, constituindo bens de valores

jurídicos a serem protegidos pelo fato de serem seres vivos, percebe-se a necessidade legal do Estado em criminalizar a crueldade contra os animais.

## **2. DIREITOS DOS ANIMAIS**

Em tese, diversos são os instrumentos normativos aos quais preconizam a proteção ao bem-estar animal, objetivando um direito básico deste. Nesse aspecto o ordenamento jurídico brasileiro tem um amplo conjunto de normas, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978), a própria Constituição da República Federativa do Brasil (1988), bem como um aparato de Leis e Decretos nacionais que juntos constituem uma legislação que em regra garante uma proteção mínima aos animais.

Essa proteção legislativa gira entorno de resguardar os animais contra a crueldade, proibindo ou minimizando a exposição destes a procedimentos e atos cruéis e capazes de lhes proporcionem sofrimento, algumas cuidam de certos grupos e espécies de animais específicos, enquanto outras o fazem de modo mais amplo. Fato é, que todo animal, sendo ele silvestre, doméstico, domesticado ou exótico é tido sob a proteção jurídica.

Os animais silvestres são aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham a sua vida ou parte dela ocorrendo naturalmente dentro dos limites do Território Brasileiro. Os exóticos são aqueles cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro, as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas, em estado selvagem, também são consideradas exóticas, bem como as espécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado espontaneamente em Território Brasileiro. Os animais domésticos são aqueles que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e melhoramento zootécnico tornaram-se domésticos, possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo inclusive apresentar aparência diferente da espécie silvestre que os originou. Definição essa segundo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

### **2.1 Declaração Universal dos Direitos dos Animais**

Trata-se de um documento de caráter normativo proclamado pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) em 27 de janeiro de 1978, Bruxelas – Bélgica, para fins de orientar as nações sobre a imperiosa necessidade de leis protetivas à fauna em sua ampla diversidade. Alertando que os países signatários como o Brasil, por exemplo, devem editar leis e princípios que concedam direito à vida animal afastada do sofrimento ou quaisquer tipos de maus-tratos e crueldade.

Aborda em seu preâmbulo que todo o animal possui direito, e que o desconhecimento e desprezo destes direitos têm levado o homem a cometer crimes contra os animais e a natureza, como também que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo. Traz o biocídio (um crime contra a vida, com morte do animal sem necessidade), e o genocídio (morte de um grande número de animais selvagens, um crime contra a espécie) que são perpetrados pelo homem, e o receio de que ele continue a perpetrá-los. Bem como considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante e esse ensinamento deve ser tratado na Educação, que deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.

Garante em seu rol todo um aparato que visa de fato o bem-estar do animal não humano de modo amplo. Inicia-se o texto já com a ideia de que todo animal deve ser respeitado, e sendo o homem também espécie animal, deve velar pelos outros e não violar este direito. Incumbindo ao homem cuidar e proteger e veda a submissão do animal a práticas de maus-tratos e atos cruéis e que nos casos em que seja necessária a morte de um animal, que seja do modo instantâneo, que não lhe cause dor, tampouco angústia.

Traz especificamente aos animais selvagens seu direito de viver e reproduzirem seu ambiente próprio natural, seja ele aéreo, terrestre ou aquático. Quando se trata do meio ambiente do homem, onde o animal já se encontra tradicionalmente familiarizado, tem o animal o direito de crescer ao ritmo e condições de vida e de liberdade que lhe são próprias de sua espécie, ferindo esse direito qualquer modificação desse ritmo e destas condições com fins mercantis.

Afirma que é de responsabilidade do homem a plena duração de vida natural do animal que ele escolheu para ter como companheiro, é ato cruel e

degradante o seu abandono, pois é dever do homem cuidar deste. E no caso de animal de trabalho, tem ele direito de uma duração e intensidade de jornada de trabalho razoável, com alimentação reparadora e repouso.

Declara em seus artigos a dignidade do animal, razão essa que assevera o respeito ao animal vivo e morto. Reconhece os animais como seres sencientes. Fortalecendo o posicionamento de sempre evitar o sofrimento, dor e exploração dos animais de modo desnecessário em vários campos, como experiências, trabalho físico, comercial e entretenimento, pois são práticas não compatíveis com a dignidade do animal. E dispõe que o direito dos animais deve ser defendido pela lei como os direitos dos homens, e que os organismos de proteção e de salvaguarda dos animais devem estar apresentados a nível governamental.

Porém, apesar de ser uma conquista valiosa no que tange aos direitos dos animais com um rol destes direitos, infelizmente, não traz nenhuma segurança, garantia, sanção ou penalidade a quem praticar os atos classificados como maus-tratos ou crueldade aos animais.

## **2.2 Evolução Histórica das Normas Infraconstitucionais de Proteção ao Direito dos Animais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Vale salientar o então revogado Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, que tratava das Medidas de Proteção aos Animais, este aludia a Constituição Federal de 1988, pois colocava sob a tutela do Estado “todos os animais existentes no país” e atribuía ao Ministério Público a função de substituto legal dos mesmos, com capacidade, assim como os membros das Sociedades Protetoras dos Animais, de assisti-los em juízo. Ainda que não tenha havido reconhecimento do novo *status quo* como sujeitos de direito a despeito do disposto nos primeiros artigos do Decreto nº 24.645/34, a norma atribuía aos animais uma espécie de personificação, fazendo deles, sujeitos de direitos dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação. (RODRIGUES. 2008, p. 66).

A interpretação do Decreto nº 24.645 de 1934, conduzia à conclusão de que o Ministério Público era qualificado como substituto processual, ao considera-lo possuir legitimidade para substituir as partes para as quais atua em nome próprio, na qualidade de autor ou réu, de pessoas físicas ou jurídicas a quem são atribuídas personalizações, o legislador, mediante o Decreto, não só conferia nova função

relevantíssima ao Ministério Público, mas também reconhecia que os animais não são meramente coisas como se abstrai do Código Civil. (RODRIGUES. 2008, p.125).

Com enfoco no artigo 3º do Decreto, enumeravam-se trinta e uma situações consideradas maus-tratos, e passíveis de penalidades previstas no artigo 2º. Dentre os incisos do artigo 3º dispunha situações como: abandonar ou deixar de prestar socorro ao animal; abater para o consumo ou fazê-los trabalhar em período adiantado de gestação; engordar aves mecanicamente, despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos a alimentação de outros; exercitar tiro ao alvo sobre patos ou qualquer animal selvagem ou sobre pombos; realizar ou promover lutas entre animais; touradas e simulacros mesmo que em lugar privado; arrojando aves e outros animais nas casas de espetáculos e exibí-los; transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores, e outras aves de pequeno porte.

Muito embora nenhuma outra legislação vigente defina claramente o que considera maus-tratos, o que por si só demonstra o valor que pairava sobre o Decreto nº 24.645, havendo apenas a Lei 9.605, de 12/02/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, vem a considerar, mas não definir, crimes os maus-tratos aos animais.

O Decreto-Lei nº 3.688, de 03 outubro de 1941, Lei de Contravenções Penais, apesar do seu propósito não ser voltado exclusivamente à proteção dos direitos animais nem a uma vedação direta de maus-tratos, traz em seu artigo 64 especificamente que “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo, acarreta em pena de prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa.” Inicialmente dar-se a entender que proíbe a crueldade contra os animais, entretanto, nos demais dispositivos, apesar de ter foco aos atos cruéis com animais em local e exibição pública, mesmo que com fins didáticos ou de entretenimento, veem apenas a evitar que ocorram excessos a crueldade, porém não tipificando ou explicando o que se considera como definido excesso ou atos de crueldade, não sendo possível assim mensurar quando ocorre o ato cruel, possibilitando que isto ocorra sem punição.

O Decreto nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a Proteção à Fauna, em seu primeiro artigo define toda a fauna silvestre, bem como a coloca sob

manto do Estado, ao qual dita que quaisquer espécies, em qualquer fase de seu desenvolvimento e que viva naturalmente fora do cativeiro, assim como seus ninhos, abrigos e criadouros, são propriedade do Estado, proibindo a sua utilização, destruição, perseguição, caça ou apanha.

Porém, a mesma lei descreve situações em que tais atividades são permitidas, inclusive a caça amadora, reduzindo seu impacto efetivo. Apesar de proibir a caça “com visgos, atiradeiras, fundas, bодоques, veneno, incêndio ou armadilhas que maltratem a caça”, autoriza a sua prática, desde que com menor dor e dano ao animal, todavia, tais práticas de caça, podem os animais escapar com sequelas que lhe causem um longo período de dor e em outros casos à morte. Tal permissão nos dias atuais é ilógica e sem temperança e questionável dos pontos de vista moral e ético.

Disciplina a Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983, sobre os procedimentos a serem adotados para o funcionamento de estabelecimentos que mantenham animais silvestres vivos em cativeiro ou semiliberdade para a visitação pública, os zoológicos, conforme definidos no artigo 1º Lei. Vale salientar seu artigo 7º, que exige que sejam cumpridas determinadas condições de “habitabilidade, sanidade e segurança para cada espécie mantida”, de acordo com suas necessidades específicas para condição mínima de vida do espécime, “atendendo suas necessidades ecológicas”, supostamente tendo os animais como foco determinante das condições. Contudo, observando o restante do artigo que aborda “do manejo e do tratamento indispensáveis à proteção e conforto do público visitante”, verifica-se que o objetivo último de ser protegido e mantido confortavelmente não são os animais ali inseridos, e sim o ser humano.

O artigo 3º, bem como em certa medida o artigo 16º, faz menção ao que dispõe a Lei nº 5.197, de 03 janeiro de 1967, que narra que os animais da fauna nativa, ou indígena, são propriedade do Estado e não podem ser objeto de comercialização, contudo, abrindo-se uma exceção para os espécimes nascidos em cativeiro. Há uma certa incongruência, pois dá à entender que o animal não pode ser comercializado, sendo que sua estadia gera justamente um retorno econômico ao estabelecimento que o mantém, bem como perde o animal o direito a proteção ao nascer em cativeiro. E ainda é possível interpretar que não se estende a proteção aos animais advindos de fauna externa a nacional, o que é maioria nos zoológicos.

Em teor semelhante de exposição ao público, há o caso dos animais circenses. Encontra-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.291, de 05 de janeiro de 2006, do Senador Federal Álvaro Dias do PSDB/PR, que visa o fim do uso de animais em circos em todo o território brasileiro, para que os Estados e Municípios que ainda não instituíram normas neste sentido se utilizem desta para proibir que espetáculos com animais continuem ocorrendo nesses lugares.

Revogando o Decreto nº 221 de 1967 que regularizava a pesca e industrialização de cetáceos, a Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, vem proibir sem exceção, a pesca ou mesmo o molestamento intencional de todas as espécies de cetáceos nas águas territoriais brasileiras, cominando pena de dois a cinco anos de reclusão e multa, com possibilidade de perda da embarcação em caso de reincidência. Consequentemente proporcionou trabalhos de pesquisa e organizações governamentais aos quais se dedicam ao desenvolvimento destes, e consequentemente o reaparecimento de várias espécies até então sob risco de extinção no litoral nacional.

A conhecida Lei dos Crimes Ambientais, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, traz um conjunto de nove artigos referentes aos crimes contra a fauna. Tem como crimes inafiançáveis os atentados contra os animais silvestres nativos ou em rota migratória. Porém, os atentados contra os animais domésticos e exóticos configuram-se como contravenções.

O artigo 29º define como crime “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória”, e dita que são espécies da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratória e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte do seu ciclo de vida dentro dos limites do território ou águas jurisdicionais brasileiras. Ainda menciona atos lesivos aos animais como o tráfico, comércio hediondo que comum é a morte do animal em sua transição no mercado negro. Tendo como elemento subjetivo o dolo, tais verbos, tão somente se praticados “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. Ou seja, se permitido pelo Estado, mediante autorização, essas práticas são legais e não passíveis de qualquer punição.



Entretanto, dispõe o artigo 29º no parágrafo 2º que “no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”, deixando assim uma situação de invulnerabilidade do animal, pois a Lei já tem penalidades irrisórias quando almeja punir, e ainda deixa mecanismos que vêm a deixar uma possível impunidade em casos concretos.

O artigo 32º da Lei dos Crimes Ambientais proíbe a prática de ato abusivo, de maus-tratos, de ferir ou de mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prática não rara ocasionado aos animais com os quais convive o ser humano. Caso venha a ocorrer o crime a pena é de detenção de três meses a um ano e multa, sendo ambas irrisórias. Em seu parágrafo 1º aponta que incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo que para fins didáticos ou científicos quando existentes recursos alternativos, confirmando o *status* de sencientes aos animais, pois evidencia a importância da adequada compreensão dos mecanismos dolorosos e de sofrimento dos animais. O que parece ser ignorado, quando se há outra norma no ordenamento jurídico, que disciplina a vivissecção, caso da Lei Arouca, tratada a seguir. Certo é que a prática de crueldade contra animais é vedada na Constituição Federal de 1988 (artigo 225º, § 1º, VII) e pelo supracitado artigo 32º da Lei de Crimes Ambientais. (MEDEIROS. 2013, p. 60 e 61).

No caput do artigo 35º da Lei de Crimes Ambientais, define que a partir de 1969, não será permitido adoção de livros escolares que não contenham textos sobre a proteção da fauna, aprovados pelo Conselho Federal de Educação, o mesmo artigo ainda determina aos programas de ensino dos níveis primário e médio o oferecimento de ao menos duas aulas anuais sobre o tema. Enquanto o parágrafo 2º diz que os programas de rádio e televisão deverão incluir textos e dispositivos do mesmo modo, o que é supracitado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225º, parágrafo 1º, inciso VI, que espousa que deve ser promovido a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio. Todavia, tal determinação se encontra frustrada, uma vez que não ocorre sua realização.

A Lei nº 10.519, de 17 de julho de 2002, veio para tratar quanto a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio, não sendo nada compatível com o movimento dos direitos dos animais, permitindo a

realização da atividade que inegavelmente é fonte de estresse e sofrimento aos animais. O respectivo diploma apenas minimizar tais efeitos sem, entretanto, alcançar plenamente seus objetivos. O evento nada mais trata do que entretenimento para o homem advindo da destreza sobre o animal.

Afirma a Lei n° 10.519, que o animal não poderá ser molestado e deve seguir-se meios que os protejam, inclusive com assistência de médico veterinário que resguarde e fiscalize o bem-estar do animal. Todavia, em caso de descumprimento a multa pecuniária é ínfima e as outras infrações que podem levar até a suspensão definitiva do rodeio, não estabelece a gradação, deixando para as legislações estaduais sua aplicação e fiscalização (MEDEIROS. 2013 p. 64). Ficam assim os animais a mercê de uma legislação que permite uma atividade brutal, que diz que não deve o atleta sujeitar o animal à crueldade, mas em caso de fazê-lo, acarretará apenas multa de valor meramente simbólico considerando o teor econômico que a referida atividade gera, ou suspensão, sendo o intuito da Lei, apenas manter o exercício do rodeio, restando desprotegido o animal.

A regulamentação da utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica se dá pela Lei n° 11.794, de 08 de outubro de 2008, conhecida como Lei Arouca, que revogou a Lei n° 6.638/79, a qual proibia esta prática. Dispõe ela Lei que a utilização de animais em atividades educacionais fica restrita a estabelecimentos de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica para atividades de pesquisas científicas relacionadas com ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, ou quaisquer outros testados em animais. É tida como uma lei de retrocesso ao que tange aos direitos dos animais.

Esta determina a criação de um Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA, para fiscalização, não na seara da proteção animal, mas das atividades, econômicas ou não, nas instituições. Ficando evidente o utilitarismo dos animais, já que a Lei dispõe que os experimentos permitidos são procedimentos efetuados em animais vivos, visando à elucidação de fenômenos fisiológicos ou patológicos, mediante técnicas específicas e prestabelecidas e morte por meios humanitários: a morte de um animal em condições que envolvam, segundo as espécies, um mínimo de sofrimento físico ou mental. Indo em

desacordo com posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro que proíbi tratamento cruel para com animais não humanos.

### **2.3 Direito dos Animais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

No Brasil, a atual Constituição Federal é primeira a proteger de modo deliberado a questão do meio ambiente, mas vale ressaltar que “não há como vendar os olhos apara o avanço gradativo da proteção constitucional ao ambiente, mesmo que de início tenha sido, exclusivamente, sob o viés econômico” (MEDEIROS. 2013, p. 49). Ou seja, não ocorria proteção aos animais nem mesmo à flora, o intuito ao longo das Constituições caminhava em meio à proteção dos bens e recursos ligados à natureza, desenvolvendo e enraizando o antropocentrismo.

Após a Constituição Federal de 1988 a legislação brasileira deu um grande passo, assunto que não era abordado nas anteriores, que apesar de ainda não ser o pensamento inteiramente correto, foi uma amostra de que o Poder Legislativo começava a se interessar pelo bem-estar animal, ao passar a caracterizar crimes inafiançáveis os atentados aos animais silvestres nativos, com a alteração dos artigos 27º e 28º da Lei Federal nº 5.197/67, dentro do “Programa Nossa Natureza”. Ainda no Brasil a tutela jurídica do ambiente nasceu e foi se transformando e aprimorando ao longo do tempo, assim como ia se transformando à sociedade a qual servia. (MEDEIROS, 2013, p. 46). Assim, a atual Constituição Federal é umas das constituições em que mais se pode notar a preocupação com o meio ambiente.

Merece destaque sobre o meio ambiente na Constituição o Capítulo VI do Título VIII, que disciplina sobre a proteção ambiental, incluindo proteção à flora e fauna nativa, em consonância com o disposto na Declaração da Conferência das Nações Unidas. No que pertence à tutela constitucional dos direitos animais, o artigo 23º da Constituição Federal de modo amplo esposa que “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VII – preservar as florestas, a fauna e a flora.” Como também dispõe no caput do artigo 225 que “todos têm o 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 presentes e futuras gerações”.

Fato é que apesar de trazer essa proteção valiosa, o caput do referente artigo solidifica um posicionamento antropocêntrico, no qual ratifica o homem como centro do benefício dessa proteção, sendo o meio ambiente de todos, *erga omnes*, e devendo este ser protegido e cuidado a fim de ser usufruído pelo ser humano no presente e por suas futuras gerações, para uma plena e digna existência dos mesmos, tipificando um direito de terceira geração ou novíssima dimensão, como lembra Medeiros (2013, p. 49 e 50).

O parágrafo 1º do artigo 225 expõe em seus incisos ao que incumbe ao poder público, esposando ser seu dever: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Expondo continuamente o artigo 225 da Constituição Federal, é abordado uma visão mais biocêntrica, com intuito de harmonizar e integrar o ser humano com o biota, já que no ponto de vista de ecológico há de se haver uma ligação direta na conservação da propriedade e das funções naturais de modo que permite a existência, evolução e desenvolvimento dos seres vivos, uma interação entre o animal humano e a natureza. Vale lembrar que a proteção ao meio ambiente projeta-se no domínio dos direitos fundamentais, sendo ligado direto a coletividade, como também no dever fundamental de proteção, por parte do Estado, é possível observar a obrigatoriedade de proteção do meio ambiente pelo poder público, ou seja, a tutela constitucional. Assim, são os animais objetos de proteção ampla em nível constitucional, com interesses próprios.

Vem se construindo pelos Tribunais com base no referido artigo, um posicionamento que ratifica a proteção aos direitos dos animais. No Recurso Extraordinário nº 153.531-8, o Supremo Tribunal Federal, julgou o evento popular da região sul, mais especificamente em Santa Catarina, conhecido como farra do boi, vindo a resolver um empasse nacional no âmbito do choque Constitucional entre a manifestação cultural versus a submissão dos animais a atos de crueldade, ambos direitos esposados em nossa Constituição. Citando o ministro Francisco Rezek:

Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com primado da constituição no que se refere a proibição da crueldade para com os animais. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso. (1997, p. 400)

O ministro Marco Aurélio manifestou em seu voto o ponto de vista que o tribunal apoia a manifestação cultural, mas com ressalvas e tem hodiernamentebuscado vedar condutas cruéis, “a manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a pratica cruel” (1997, p. 414). E ainda reforçou:

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o sacrifício do animal. (1997, p. 414)

Bem como se posiciona o ministro Néri da Silveira que é impossível ignorar o contido no referente inciso citado acima do artigo 225º da nossa Constituição,

que é dever do Estado coibir práticas as quais submetem os animais a crueldade. Salienta ainda o ministro que os princípios e os valores da Constituição apontam que tais práticas devem ser impedidas, não apenas restando a danificação do meio ambiente, mas também de prejuízo à fauna e a flora, bem como que provoquem a extinção de espécies e a submissão dos animais a atos de crueldade. Sendo preceito constitucional ao qual a própria constituição o fez. Sendo assim, no caso de não ser razoável a conciliação das práticas, devem estas se tornarem vedadas. (SILVEIRA, 1997 p.418).

Outro caso de repercussão julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856-6, ao qual o respectivo tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro, ao qual autorização em determinadas condições a realização de competições conhecida como rinha de galos.

**Ementa:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895 /98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605 /98, ART. 32 )- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE ( CF , ART. 225 )- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA ( CF , ART. 225 , § 1º , VII )- DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

Dispõe o relator ministro Celso de Mello que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos de terceira geração e isso bem garante englobado o dever de não incidir em práticas cruéis contra os animais pois deriva da necessidade que o ser humano tem de manter equilibrado o meio ambiente no qual está inserido. Solidificando suas afirmações em posicionamentos de doutrinadores e juristas brasileiros (MELLO, 2011, p. 301).

Faz ainda o relator menção ao caso acima abordado:

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei nº 2.985, de 20/03/98, editada pelo Estado do Rio de Janeiro – de teor essencialmente idêntico ao da Lei catarinense nº 11.366/2000, declarada inconstitucional pelo Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU -, está em situação de conflito ostensivo com a norma inscrita no art. 225, § 1º VII, da Constituição da República, que, insista-se, veda a prática de crueldade contra animais e que tem, na Lei nº 9.605/98 (art. 32), o seu preceito incriminador, eis que pune, a título de crime ambiental, a inflição de maus-tratos contra animais. (MELLO, 2011, p. 308)

O ministro Ayres Britto, valendo-se da explicação civilista tradicional, afirmou no mesmo julgamento que esse tipo de prática deve ser combatida, pois “da tortura de um galo para a tortura de um ser humano é um passo” (2011, p. 326). Mencionou o ministro Ricardo Lewandowski a proibição das touradas em Barcelona, onde busca a Europa resguardar o bem-estar animal e manifestou-se: “(...) está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana” (2011, p. 336).

Vale ressaltar um julgado do Superior Tribunal de Justiça que julgou o Recurso Especial, RESP nº 1.115.916-MG, interposto pelo Município de Belo Horizonte contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que havia determinado o sacrifício de cães e gatos vadios por meio de gás asfixiante era medida cruel que não deveria ser realizada. Foi negado de forma unânime o provimento ao recurso, com fundamentando suas alegações em que os animais não

eram simples coisas e que o Poder Público não poderia exterminá-los como lhe aprouvesse, devendo matá-los somente quando constituíssem ameaças à saúde humana e, nesta situação, com uso do meio menos cruel à disposição, como injeções letais precedidas de anestesia, por exemplo.

O relator, além de reconhecer os direitos de proteção esposados na Constituição, reconheceu em julgado os animais como seres sencientes de fato, nas palavras do relator Humberto Martins:

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto (...) possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. (...) A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável. (2009, p. 11)

O relator foi além ao se posicionar frente a decisão que vem lançar um manto de proteção maior aos animais. O dever da sociedade para com os animais deve ser de justiça, sua proteção exercida pelo homem não por mera compaixão, mas por direito, seus direitos independem dos sentimentos humanos, estaríamos obrigados a protegê-los mesmo se assim não o gostássemos. Resta claro que vem de fato sendo um posicionamento jurídico que almeja resguardar os direitos e o bem-estar dos animais, mas na seara do Ativismo Judicial, não sendo as condutas do Judiciário resultado direto das leis do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional.

Antagonicamente ao posicionamento construído pelos tribunais, surge a Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017, que dispõe que “para fins do disposto na parte final do inciso VII do parágrafo 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o parágrafo 1º do artigo 215º desta Constituição Federal,



registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”, foi fortemente criticada e atacada, pois a mesma vem a permitir a prática da vaquejada, prática que gerou grande polemica à nível nacional. Fato é que o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728), no Supremo Tribunal Federal, questionando a Emenda, que considera como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.

Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a proposta ficou conhecida como a PEC da Vaquejada. De acordo com a entidade, a Emenda questionada teve por motivação contornar a declaração de inconstitucionalidade de lei do Ceará que legalizava a prática da vaquejada, em decisão proferida pelo STF em outubro de 2016. A norma a viabilizou novamente, uma vez a Emenda elevou a prática à condição de manifestação cultural. Assim, na ação, a entidade alegou que a EC 96/2017 afrontou o núcleo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado, na modalidade da proibição de submissão de animais a tratamento cruel, previsto no artigo 225º, em seu parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal. Sustentou ainda que a norma ofende também o artigo 60º, parágrafo 4º, inciso IV, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas, entre as quais, conforme sustenta, se encontra o direito fundamental de proteção aos animais.

As decisões do STF que julgaram inconstitucionais leis sobre brigas de galo e vaquejada foram citadas como precedentes importantes sobre o tema, consideradas pela Corte atividades intrinsecamente violentas e cruéis com os animais. O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal pediu a concessão de liminar para suspender à eficácia da norma e no mérito a inconstitucionalidade da EC 96/2017. O caso está sob relatoria do ministro Dias Toffoli, que aplicou o procedimento do artigo 12 da Lei 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo, sem prévia análise de liminar, em razão da relevância da matéria.

### **3. MAUS-TRATOS, FISCALIZAÇÃO E PENALIDADES**

#### **3.1 Maus-Tratos**

O conceito de maus-tratos aos animais não é explanado ou conceituado nas leis, apenas se expressa às ações de práticas que o configuram. Fazendo uma analogia ao Código Penal Brasileiro de 1940, este traz em seu artigo 136º a conduta criminosa de Maus-tratos, qual seja o ato de expor a perigo a vida ou saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda, vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer provando-o de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina. Aquele que tem o dever de cuidar é quem pratica o ato criminoso, sob visão analógica é o Estado protetor jurídico dos direitos dos animais, mas fato é que esse cuidado é feito pelo homem diretamente, ele é que exerce ou não o ato de proporcionar o bem-estar dos animais, principalmente aos animais domésticos e domesticados, que dependem total ou parcialmente do homem para alimentação e cuidados ligados à saúde, ficando o Estado como tutor dos direitos destes, aplicando medidas que venham a penalizar ou mitigar atos de crueldade.

De acordo com o pensamento de Ackel Filho (2011, p. 25 e 26), no que se refere ao âmbito ambiental, constitucional, civil, administrativa, processual e também penal os maus-tratos apresentam elementos múltiplos no contexto do ordenamento jurídico. Nesta linha, entende-se que maus-tratos pode ser classificado como toda ação comissiva/omissiva, dolosa/culposa que exponha ao perigo, cause danos à saúde e ao bem-estar físico/psíquico do animal. Ainda neste cenário de definição compreende-se por maus-tratos, toda violência ou barbaridade imposta aos animais, onde se podem citar os verbos: abuso – indevido/demasiado; ferir – ação de machucar, causar lesões; ou mutilar – prática de extirpar órgãos e/ou membros.

Uma definição geral e abrangente de maus-tratos é dada também pela Dra. Helita Barreira Custódio em seu parecer dado para servir de subsídio à redação do Novo Código Penal Brasileiro em 1997:

Crueldade contra animais é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas,

tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao vôle, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, ferra de boi, ou similares), abates atrozes, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atrozes sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal. (CUSTÓDIO, 1997, apud EDNA CARDOSO DIAS, 2000, p. 156 e 157)

Podem haver várias definições de maus-tratos, configurando-se como agressões excessivas, trabalhos demasiados, abandono de animais feridos, mutilados, doentes, bem como negar-lhe ajuda, utilizar para espetáculos ou trabalho que lhe causem sofrimento, pânico, trancá-lo junto com outros que o aterrorizem ou molestem, dentre as mais variadas formas que possa levar o animal a sofrimentos intensos.

Teixeira (2011, p. 23) enfatiza que, a utilização dos animais pelo homem para a sua alimentação é exercida há milhares de anos, dentre várias formas destaca-se a aglomeração excessiva de animais em pequenos espaços, tornando-se comum na criação de aves para consumo, bem como na produção de ovos. Os confinamentos para a produção de carne tanto bovina, quanto suína e de aves também são exemplos de maus-tratos.

O mesmo autor destaca que, os animais empregados em práticas esportivas como rodeios, touradas, vaquejadas, brigas de galo, corridas, sempre foram alvos de maus-tratos. Podem-se incluir também neste rol, maus-tratos a animais em centros urbanos, que acabam sofrendo perversidades através de tiros, pancadas,

venenos e outras formas de violência física e/ou psíquica. Estudos demonstram que os agressores contumazes de animais possuem uma tendência muito superior à prática de crimes passionais ou outras formas de criminalidade.

Seguinte essa vertente, o problema dos maus-tratos persiste até mesmo em aspectos culturais, como exemplo, o uso de animais em sacrifícios e/ou rituais religiosos, e neste caso tendo como consequência direta a morte, isso ocorre com certa frequência em todo território brasileiro, com relativa intensidade em regiões distintas. (TEIXEIRA, 2011, p. 24).

Similarmente a outros ambientes, na área do entretenimento os animais são vítimas de maus-tratos, utilizados como atração em circos, parques temáticos, zoológicos. Geralmente são submetidos a treinamentos violentos e obrigados a viver em ambientes pequenos e insalubres, com alimentação inadequada, péssimas condições de vida, exposição à grandes quantidades de pessoas, essa vivência fora de seu habitat acabam gerando estresse e angústia ao animal. Diversas instalações de entretenimento acabam por abandonar os animais em locais inapropriados, sem a nenhuma condição de acomodação. (TEIXEIRA, 2011, p. 24).

### **3.2 Fiscalização**

Ao Ministério Público é dada a atribuição constitucional de proteger o meio ambiente, praticando a funcionalidade de ser o seu tutor, como expõe os parágrafos 2º e 3º do artigo 225º da Constituição Federal, que vem determinar a obrigação da reparação do dano ambiental, bem como a aplicação de sanções penais e administrativas àqueles que de algum modo lesar ao meio ambiente. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, define o conceito jurídico de meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas.

Já o Decreto nº 8.973, de 24 de janeiro de 2017, trata da estrutura regimental do IBAMA, em seu no artigo 28º dispõe que o IBAMA atua em parceria com os órgãos e as entidades da administração pública federal, direta e indireta, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), sendo este integrado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e com a sociedade civil organizada em consonância com as diretrizes da política nacional de meio ambiente, emitidas pelo

Ministério do Meio Ambiente, como também é competente para lavrar auto de infração ambiental e instaurar o processo administrativo de apuração da infração na esfera federal, conforme a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Mais especificadamente faz a menção à fauna nos incisos do artigo 2º e 16º, sendo a fauna, vida animal, parte do meio ambiente, assim, protegido diretamente pelo IBAMA. Disciplina que o cadastramento, licenciamento, monitoramento e fiscalização dos usos e dos acessos aos recursos ambientais, florísticos e faunísticos. Define a elaboração e estabelecimento de critérios, padrões e proposição de normas ambientais para a gestão do uso dos recursos pesqueiros, faunísticos e florestais. Incumbe que a Diretoria de Uso Sustentável da Biodiversidade e Florestas compete coordenar, controlar e executar as ações federais referentes à autorização de acesso, manejo e uso dos recursos florestais, florísticos e faunísticos, e as ações federais referentes à recuperação ambiental. Fazendo menção direta à fauna, logicamente interligada à manutenção e equilíbrio do meio ambiente, colocando sob seu manto os animais.

A fiscalização ambiental é o exercício do poder de polícia previsto na legislação ambiental. As atribuições de polícia ambiental foram concedidas ao IBAMA pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, que criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente como sendo uma autarquia federal, dotada de personalidade jurídica de direito público. Com o objetivo de assessorar a secretaria do meio Ambiente (SEMA), e fazer executar a política nacional do meio ambiente e de preservação, conservação e uso racional bem como fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais. Consta-se ainda com a força de polícias militares ambientais, criadas em 1994, as Patrulhas Ambientais (PATRAM), são batalhões especializados da Polícia Militar, destinados a realização da polícia ostensiva de proteção ambiental. Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 144, parágrafo 5º.

A fiscalização de ilícitos contra a fauna tem como objetivo a proteção das espécies nativas e exóticas, desde insetos e aves, até grandes mamíferos, além das espécies consideradas domésticas. O IBAMA fiscaliza empreendimentos e atividades que envolvem criação, venda e exposição de espécies da fauna, e também atua no combate à caça, à captura de espécimes na natureza e aos maus-tratos de animais. A captura ilegal de espécimes na natureza, sua venda e guarda

como animais de criação constituem ilícitos contra a fauna silvestre do país. Também traz a lei a fiscalização no que abarca a pesca, visando ações de fiscalização direcionadas à exportação e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte e comercialização de animais, bem como ainda de vegetais hidróbios.

É o IBAMA principal órgão do Governo Federal para fiscalização e controle ambiental, ao qual muitas das vezes toma conhecimento de violação dos direitos ambientais e dos animais por meios de denúncias, pois é o cidadão importante fonte de informação no que tange exposição de atos criminosos, o órgão é aberto a sugestões, reclamações, pedidos de informações e denúncias sobre agressões ao ambiente, como caça, pesca, comércio ilegal, cativeiro de animais silvestres, entre outros. O animal doméstico, ao sofrer maus-tratos, deve o denunciante encaminhar-se aos Institutos de Polícias para relatá-lo, pois sendo o ato criminoso, são as autoridades competentes para tomarem as devidas providências legais.

Apesar de uma legislação com intuito de fiscalização ambiental que abrange tudo o que se tem por ideia de meio ambiente, a mesma pode facilmente ser interpretada com teor antropocêntrico, haja vista que seu enfoque é de modo geral proteger o meio ambiente, mas como patrimônio nacional, como bem público coletivo, seguindo assim o viés econômico. Não tem vertente direcionada ao bem-estar, cuidado e zelo pelos animais.

Ainda se fosse, tal estrutura e regimento atual, não poderia ser de modo eficaz, uma vez que ao que diz respeito ao atos criminosos contra os animais silvestres e exóticos muitas das se dá dentro de mata fechada, território alagado ou no centro da floresta, não sendo constante a vigilância em seu entorno, tampouco no seu núcleo. Ainda mais se o órgão não dispor de recursos financeiros para execução do trabalho, como foi o que constatou o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) que divulgou relatório de avaliação das ações de fiscalização ambiental sob responsabilidade do IBAMA, que teve por objetivo averiguar os seus aspectos operacionais, como planejamento, execução e monitoramento dos resultados, bem como a gestão e controle sobre os bens apreendidos.

Sendo a auditoria constituída pelo fato de que 50% do orçamento do Instituto é destinado às ações fiscalizatórias, destinado a ele de 2010 a 2015, quase R\$ 380 milhões de reais. Teve como foco de análise as fiscalizações realizadas pelo IBAMA e os autos de infração lavrados entre 2010 a 2013 e consolidou os resultados das auditorias em 26 Superintendências Estaduais do Instituto e no órgão central em Brasília (DF), realizando questionários à agentes ambientais federais e inspeção física dos locais de guarda dos bens apreendidos, como também foi contemplado na análise as providências adotadas pelo IBAMA até 31 de dezembro de 2016.

As principais conclusões da auditoria foram 24 mil itens apreendidos no valor de R\$ 1,5 milhão, mas com falhas na retirada, transporte, guarda, destinação final e controle físico-patrimonial dos produtos; distribuição deficitária nas ações de fiscalização sobre os diferentes temas e biomas nacionais; meios insuficientes de transporte e armazenamento do material apreendido e muitos bens ficam sob a guarda dos próprios infratores, em um valor estimado em R\$ 1 bilhão no período analisado; apenas 2,25% do valor total dos bens apreendidos no período de 2010 a 2012 havia sido efetivamente destinado, por exemplo, em leilão; há destinação rápida apenas quando o material é perecível ou no caso de animais silvestres; 60% das equipes e 91% dos recursos estão concentrados na Amazônia e combate do desmatamento florestal, em detrimento de outros biomas; o instituto não dispõe de veículos e equipamentos suficientes para fiscalizar atividades em águas marítimas; houve encolhimento de 26% no quadro de fiscais.

O Ministério da Transparência efetuou em 2014 recomendações para que o gestor federal adotasse as medidas necessárias ao saneamento das falhas verificadas, as quais não cumprida efetivamente até o final de 2016. Resta claro a má gestão do Instituto, conseqüentemente sua funcionalidade e eficiência precária, resultando na não devida proteção do meio ambiente, que dirá dos animais.

### **3.3 Penalidades**

Os direitos dos animais, não só envolvem as teorias naturais, mas também o princípio de igualdade que se aplica aos homens na sociedade. Sobretudo, vive-se em uma época de crise e a Lei nem sempre é coerente. Para que haja uma efetiva garantia de proteção animal é necessário que se faça a equiparação ao Direito Penal, pois não têm sido suficientes as penalidades impostas aos infratores que

comentem maus-tratos. As penas são extremamente irrisórias, o que não se deve admitir para crimes tão graves.

Além do que está previsto nos Decretos nacionais, bem como na Constituição Federal, no que tange as penalidades, na Lei de Crimes Ambientais atualmente possui como pena para os crimes de maus-tratos a detenção de três meses a um ano e multa, sendo agravada caso haja a morte do animal. Sabe-se que com essa tipificação de pena é facilmente proposto o benefício da transação penal para infratores primários, bem como ser substituída por penas restritivas de direitos, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

Segundo Levai a própria criação da Leis de Crimes Ambientais foi um avanço, mesmo com suas imperfeições, o crime de maus-tratos deixou de ser uma simples Contravenção Penal, expondo sobre este tema o seguinte:

Até antes de entrar em vigor a Lei de Crimes Ambientais, em 30 de março de 1998, a crueldade para com os animais era uma simples Contravenção Penal, que acarretava aos infratores irrisórias penas de multa. Uma distinção injusta que foi superada com a ampliação do conceito de fauna. (LEVAI, 2004, p. 34)

Inobstante a existência de normas que regulamentam penalidade e fiscalização por maus-tratos a animais, tais instrumentos têm-se demonstrado insuficientes na prática, tanto que tramitou o Projeto de Lei nº 631/2015, de autoria do Senador Marcelo Crivella, do PRB-RJ, que propõe o chamado Estatuto dos Animais, tendo entre seus objetivos o combate aos maus-tratos e toda forma de violência, crueldade e negligência praticada contra espécies animais, reconhecendo-os seres sencientes. Dispõe em seu artigo 4º que todos os animais em território nacional serão tutelados pelo Estado e possuem direito à existência em um contexto de equilíbrio biológico e ambiental, de acordo com a diversidade das espécies, raças e indivíduos.

No entanto, o disposto na proposta legislativa apenas alcança os animais das espécies classificadas como filo Chordata, subfilo Vertebrata, peixes, aves e mamíferos, excluindo de sua abrangência os animais não vertebrados. Proíbe o texto maus-tratos aos animais seja por razão cultural, de recreação ou econômica e



lista maus-tratos atos como forçar um animal a fazer movimentos contrários à sua natureza ou capacidade física, abandono, submetê-lo a treinamentos, eventos e apresentações circenses ou ações publicitárias que lhe causem dor, sofrimento ou dano físico. Também se enquadrando a violência física, privação de alimento e o confinamento do animal com outro que lhe cause medo, perigo ou agressão.

A versão aprovada foi a substitutiva do Senador Antônio Anastasia, do PSDB, ao projeto original de Marcelo Crivella. Entre as mudanças incluídas está o trecho que torna obrigatória a identificação individual dos animais de estimação. Anastasia disse ter feito mudanças depois de debates com movimentos e especialistas na causa animal. Sob ponto de vista que os animais não são tratados como sujeitos de direito equiparados aos seres humanos na Constituição, retirou do projeto o teor do qual ninguém deve causar lesão moral aos animais, como também excluiu o que se consideram maus-tratos aos animais os casos de controle de zoonoses, controle de espécies invasoras e de ensino e pesquisa científica na área da saúde previstos em lei. Excluiu ainda a situação de abate de animais para fins comerciais, que deverão ser objeto de legislação específica, com métodos que minimizem ao máximo o sofrimento e a dor.

Vale ressaltar que em Portugal entrou em vigor no país, em maio de 2017, a Lei n.º 8/2017, que também ficou conhecida como Estatuto dos Animais. O Estatuto tirou dos animais o *status* de ser apenas coisa e passou a considerá-los “seres vivos dotados de sensibilidade”. A lei foi aprovada por unanimidade frente ao parlamento português. Possuindo o intuito de aumentar a proteção dos animais contra os maus-tratos.

A lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade, dispõe que os animais “são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza” e que na ausência de lei especial “são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza”. Ainda garante indenização em caso de lesão ou morte de animal. De modo geral, não retira total a posição de objetificação, mas dá um *status* duplo com a garantia de considerá-los seres passíveis de sensibilidade. Alterando as leis Portuguesas como o Código Civil de 1966, o Código de Processo Civil de 2013 e o Código Penal de 1982.

Mais Ligado a esse aspecto, há no Brasil um Projeto de Lei do Senado nº 351/2015, do próprio Senador Antônio Anastasia, que acrescenta determinação no Código Civil para que animais não sejam considerados coisas, admitindo que estes, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82º e o inciso IV ao artigo 83º do Código Civil de 2002, para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Entretanto, o mesmo não define qual seria a nova condição dos animais.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste estudo realizado, foi evidenciado que há uma crescente preocupação pela defesa do meio ambiente em geral, em que pese o reconhecimento de tais necessidades, ainda pouco tem sido feito. Fala-se muito em direitos do ser humano, como centro da humanidade, centro das medidas de proteção, mas ignora-se, principalmente no meio jurídico, a interdependência entre o ser humano e meio ambiente, bem como o desastre social que advém do desrespeito aos direitos dos animais.

Foi abordado sobre a crueldade imposta pelo homem aos animais, se valendo das mais sórdidas e maléficas formas para satisfazer suas vontades, seja utilizando-os como objetos, cobaias, escravos ou, até mesmo, deles se alimentando. Há muitos séculos o ser humano tem esta visão distorcida sobre os animais, acreditando que são seres superiores a todas as demais criaturas do planeta. No entanto, este pensamento começa a se modificar aos poucos. Hodiernamente é comum grupos de pessoas que se preocupem com o bem-estar dos animais, tendo em vista que o número de associações protetoras e legislações favoráveis aos direitos destes seres estão crescendo.

A relação entre ser humano e animal existe há milhares de anos e acompanha a própria evolução humana, seja de forma domesticada, seja de forma utilitária como o uso na agricultura. O paradigma acerca do posicionamento antropocêntrico e biocêntrico é a atribuição aos homens de poderes sobre os animais e a dignificação de seus valores quanto seres vivos. Alguns doutrinadores e operadores do direito defendem e privilegiavam o poder do ser humano e a completa submissão de todas as outras formas de vida.

Após muito se esperar e diversas reivindicações, o ordenamento jurídico brasileiro na tentativa legal de minimizar o tratamento inadequado e cruel pelos

seres humanos aos animais, passou a amparar os animais diante do abuso de maus-tratos, caracterizando como crime ecológico, mas ainda, com penas brandas e pouco retributivas. Bem como ainda há casos de retrocessos, como a Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017, que veio permitir as práticas desportivas que utilizem animais nas condições que especifica que são registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. O que caracteriza uma não efetividade plena do ordenamento jurídico brasileiro.

Propondo o equilíbrio social através do direito, essa temática é tratada em um nível de importância jurídica, onde a própria Constituição Federal consagra aos animais, em defesa do meio ambiente, e equipara-os a tutela dos direitos fundamentais. Uma vez que o meio ambiente tem a própria tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção, os animais são inseridos nesse prisma.

Observou-se que a proteção constitucional conferida aos animais não-humanos pela Constituição Federal, bem como por Decretos, Estatutos, Leis e demais documentos legais, representaram um avanço muito importante na evolução do direito ambiental brasileiro. Marcou uma nova fase no desenvolvimento da tutela da fauna no País.

Apesar de ter sido um progresso para a legislação brasileira, há de se observar que diante dos fatos expostos não houve mudanças significativas quanto à punição dos infratores, de modo que continuará sendo crime de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena igual ou menor do que quatro anos, que são penalidades brandas, advindas das dificuldades naturais que os protetores encontram em virtude do especismo predominante, conceituação essa discriminatória aos animais amparada no antropocentrismo.

Em decisões jurisprudenciais relativas ao direito ambiental, há interpretações reiteradas que recorrem à aplicação de importantes princípios como princípio da solidariedade, precaução, responsabilidade, mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso ecológico, conferindo maior legitimidade nas resoluções dos conflitos.

Dessa maneira, é se assume a importância da educação ambiental, através de ações educativas, visando mudanças de valores e atitudes insurgem como uma

luz renovadora de conceitos diante de tantas atrocidades, crueldade e maus-tratos cometidos aos animais. Embora o Estado esteja legitimado em criminalizar tais condutas, a perspectiva de uma educação ambiental para toda a sociedade consagra-se como uma boa alternativa, em dirimir conflitos dessa natureza, relativas aos animais de forma a conduzi-los a uma mínima dignidade de existência.

Pensando no meio ambiente como um todo, educação ambiental insurge-se como um norte, faz-se necessária a compreensão do princípio da reciprocidade e do papel das sociedades em assegurar o restabelecimento do equilíbrio, até mesmo para assegurar a sobrevivência da espécie humana é mister a convivência e interação entre homens e animais.

Este estudo trouxe um tema que importa, ao direito, a sociedade, ao Estado e as futuras gerações. E é com a consciência de sua importância e relevância que pé proposto um enfrentamento contínuo das situações de abuso, uma posição ativa dos juristas e uma consolidação do entendimento dos tribunais, a fim de que se afaste a concepção do princípio da insignificância dos crimes ambientais.

## 5. REFERÊNCIAS

**BRASIL. Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 05 mar. 2018.

**BRASIL. Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2018.

**BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934.** Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d24645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm)>. Acesso em 13 mar. 2018.

**BRASIL. Decreto nº 3.688 de 03 de outubro de 1941.** Leis das Contravenções Penais, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.973, de 24 de janeiro de 2017.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, remaneja cargos em comissão e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE, Brasília/DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-8973-24-janeiro-2017-784204-publicacaooriginal-151856-pe.html>>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.519, de 17 de julho de 2002.** Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10519.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008.** Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.** Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em 15 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983.** Dispõe sobre estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos e dá outras providências, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7173.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7173.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987.** Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras e da outras providencias, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7643.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989.** Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17735.htm)>. Acesso em 28 fev. 2018

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 351, de 2015.** Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Brasília/DF. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso 06 mar. 2018.

Brasil. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 631, de 2015.** Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123276>> Acesso em 20 mar. 2018.

Brasil. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 7.291, de 2016.** Dispõe sobre o registro dos circos perante o Poder Público Federal e o emprego de animais da fauna silvestre brasileira e exótica na atividade circense. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=329678>>. Acesso 20 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.115.916-MG**. Relator ministro Humberto Martins. Julgado em 01 de setembro de 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num\\_registro=200900053852&dt\\_publicacao=18/09/2009](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200900053852&dt_publicacao=18/09/2009)>. Acesso em 15 de fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ**. Relator ministro Celso de Mello. Julgada em 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em 15 de fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=34857>>. Acesso em 01 de mar. De 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC**. Relator ministro Francisco Rezek. Julgado em 03 de julho de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em 15 de fev. 2018.

DIAS, Edna Cardoso. **A tutela jurídica dos animais**. 1 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

FILHO, Diomar Ackel. **A questão dos maus-tratos a animais**. Revista Jurídica Consulex. Ano XV-No.358.155/12/2011, p. 25 e 26.

JUSBRASIL. Senado Federal. **Estatuto dos Animais é aprovado pela CCJ**. 2016. Disponível em <<https://senado.jusbrasil.com.br/noticias/317958978/estatuto-dos-animais-e-aprovado-pela-ccj>>. Acesso em 06 mar. 2018.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. São Paulo: Ed. Mantiqueira de Ciência e Arte LTDA, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Ministério da Transparência avalia ações de fiscalização ambiental realizadas pelo Ibama:** Frágil gestão dos bens apreendidos e escassez de fiscais são as principais deficiências. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/08/ministerio-da-transparencia-avalia-acoes-de-fiscalizacao-ambiental-realizadas-pelo-ibama>>. Acesso em 22 fev. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 8/2017.** Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo, o Código de Processo Civil, aprovado pela [Lei n.º 41/2013](#), de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 400/82](#), de 23 de setembro. Disponível em <<https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>>. Acesso em 03 mar. 2018.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O Direito e os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa.** 2 ed. 4ª reimpressão. Curitiba: Editora Juará, 2008.

TEIXEIRA, Marcelo Weinstein. **Proteção aos Animais Missão de Todos.** Revista Jurídica Consulex. Ano XV-No.358. 15/12/2011, p. 23. UNESCO. **Declaração universal dos direitos dos animais.** Bruxelas - Bélgica, em 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/portal/uploads/direitos.pdf>>. Acesso 15 de fev. 2018.

**Nota:**

1 Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutora em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; karine.mota@catolica-to.edu.br.



## O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

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

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a discussão da importância do Direito Internacional Penal na sociedade internacional, especialmente após a criação dos tribunais penais internacionais. A criação do Tribunal Penal Internacional como um foro permanente para julgar os mais graves crimes internacionais, na omissão dos judiciários nacionais, foi uma grande conquista das Nações Unidas na busca da paz global e no reconhecimento dos direitos humanos na esfera internacional.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Penal; Sociedade Internacional; Realidade.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the importance of international criminal law in international society, especially after the creation of international criminal courts. The establishment of the International Criminal Court as a permanent forum for judging the most serious international crimes, in the omission of the national judiciary, was a great achievement of the United Nations in the search for global peace and the recognition of human rights in the international sphere.

**Keywords:** International Criminal Law, International Society, Reality.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la importancia del derecho internacional penal en la sociedad internacional, especialmente después de la creación de los tribunales penales internacionales. La creación de la Corte Penal Internacional como un foro permanente para juzgar los más graves crímenes internacionales, en la omisión de los tribunales nacionales, fue una gran conquista de las Naciones Unidas en la búsqueda de la paz global y en el reconocimiento de los derechos humanos en la esfera internacional.

**Palabras clave:** Derecho Internacional Penal, Sociedad Internacional, Realidad.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Penal é ramo das ciências jurídicas que trata dos assuntos criminais na ordem mundial, jurisdição e competência para julgamento e aplicação de sanções por órgãos vinculados à justiça internacional devidamente reconhecida; exemplo: Tribunal Penal Internacional (TPI). O Direito Internacional Penal é uma área de estudo desenvolvida a partir do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, ocorrida ao longo do século XX, que promoveu a autonomia de diversos ramos do Direito Internacional Público, o que leva muitos especialistas a afirmarem o esvaziamento desta província da Ciência Jurídica pela profusão de ramos que dela se desgarraram. Lida com os delitos de caráter internacional, praticados por Estados Soberanos através de seus representantes da função executiva (hodiernamente, Chefes de Estado ou Chefes de Governo). O órgão jurisdicional competente para o julgamento dos crimes objeto do Direito Internacional Penal é o Tribunal Penal Internacional (TPI). Nesse sentido, é possível afirmar que apenas ao final do século XX o indivíduo passou a ser titular de direitos e deveres na Sociedade Internacional, tornando-se detentor de personalidade jurídica internacional integral.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é o primeiro tribunal penal internacional permanente. Foi estabelecido em 2002 em Haia, Países Baixos, local da sua sede atual, conforme estabelece o Artigo 3º do Estatuto de Roma.

O objetivo do TPI é promover o Direito internacional, e seu mandato é de julgar os indivíduos e não os Estados (tarefa do Tribunal Internacional de Justiça). Ela é competente somente para os crimes mais graves cometidos por indivíduos: genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e os crimes de agressão. O nascimento de uma jurisdição permanente universal é um grande passo em direção da universalidade dos Direitos humanos e do respeito do direito internacional.

Antecedentes: 1) Segunda Guerra Mundial: Os tribunais militares em Nuremberg e Tóquio para processar grandes crimes. 2) 1.950: Comissão Especial das Nações Unidas para a elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. 3) 1951-1953: preparação do projeto de estatuto que em última análise não foi aprovado. 4) 1994: durante a 46ª sessão da Comissão da conclusão de um projeto

de Estatuto e de um comitê especial de representantes do governo que mais tarde se torna o Comitê Preparatório da Conferência de Roma.

Segundo a resolução XXVIII da Organização das Nações Unidas (Princípios da Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Punição dos Culpados por Crimes contra a Humanidade), adotada em 1973, todos os Estados devem colaborar para processar os responsáveis por esses crimes. Mas a organização estabelece dois tribunais internacionais temporários, ambos na década de 1990, por avaliar que a jurisdição doméstica se mostrou falha ou omissa no cumprimento da justiça. Um deles é criado em 1993, em Haia, nos Países Baixos, para julgar os culpados pelos crimes praticados durante a guerra civil na ex-Iugoslávia (1991-1995). É a primeira corte internacional desde os tribunais de Nuremberg e Tóquio, instituídos pelos aliados para punir os crimes cometidos por alemães e japoneses na Segunda Guerra Mundial. O tribunal só inicia seus trabalhos em maio de 1996 e, até o fim de 1997, indiciou setenta e oito suspeitos (cinquenta e sete sérvios, dezoito croatas e três árabes) e condena dois deles – o croata-bósnio Drazen Erdemovic, sentenciado a dez anos de prisão em novembro de 1996, e o sérvio-bósnio Dusko Tadic, a vinte anos em julho de 1997. O líder nacionalista sérvio-bósnio Radovan Karadzic estava foragido desde a decretação de sua prisão, em julho de 1996, mas foi preso em julho de 2008.

Outro tribunal internacional é estabelecido em Arusha, na Tanzânia, e está encarregado de julgar os responsáveis pelo genocídio de mais de um milhão de pessoas ocorrido em Ruanda em 1994. Desde a primeira sessão, em setembro de 1996, até setembro de 1998, o tribunal indiciou trinta e cinco suspeitos e condenou à prisão perpétua o ex-primeiro-ministro ruandês Jean Kanbanda – atuação considerada insuficiente pelas organizações de defesa dos direitos humanos. Por outro lado, as cortes nacionais do governo instalado em Ruanda após a guerra civil já haviam condenado cento e vinte e duas pessoas à morte até o fim de 1997. As primeiras vinte e duas execuções, assistidas por cerca de trinta mil pessoas, ocorrem em abril de 1998, na capital ruandesa, Kigali, apesar da reprovação internacional.

Em julho de 1998, representantes de cento e vinte países reunidos em uma conferência em Roma aprovaram o projeto de criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, também com sede na Haia, nos Países Baixos.

A corte tem competência para julgar os responsáveis por crimes de guerra, genocídios e crimes contra a humanidade quando os tribunais nacionais não puderem ou não quiserem processar os criminosos. Sete nações votaram contra o projeto (EUA, China, Israel, Iêmen, Iraque, Líbia e Qatar) e outras vinte e uma se abstiveram.

Os EUA justificam seu veto por não concordarem com a independência do tribunal em relação ao Conselho de Segurança da ONU – ainda que essa autonomia não seja total. Pelo documento aprovado, o Conselho de Segurança poderá bloquear uma investigação se houver consenso entre seus membros permanentes. No ano 2000, o presidente Clinton assinou o Estatuto de Roma, mas o presidente Bush retirou a assinatura dos EUA em 2002, antes mesmo da ratificação. O governo americano também teme que seus soldados envolvidos em guerras como as do Afeganistão e Iraque venham a ser julgados pelo tribunal. Israel, acompanhando os EUA, também assinou o Tratado em 2000 e retirou sua assinatura em 2002.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O Direito Penal Internacional é objeto de análise de distintos e variados ramos do Direito, tais como o Direito Internacional Público e o Direito Penal, e também do Direito Internacional Privado. O Direito Internacional Penal deve muito aos processos de Nuremberg e Tóquio que ocorreram com o final da Segunda Guerra Mundial. No entanto, as origens do ramo penal do direito internacional público podem ser encontradas muito antes desses fatos históricos marcantes. Retrocedendo ao primeiro conflito de dimensões mundiais, a então chamada Grande Guerra, posteriormente conhecida como 1ª Guerra Mundial, foi verdadeiramente o ponto de partida de uma intensa atividade por parte da doutrina nesse domínio jurídico. Para alguns, o desencadeamento da 1ª Guerra Mundial souo como o destroçar, a queda definitiva, do direito internacional, visto as gravíssimas ações cometidas durante os anos de conflito: a ruptura da paz, a violação da neutralidade da Bélgica, o desprezo aos tratados, as deportações maciças de contingentes populacionais, entre outras, pareceram arruinar todos os esforços realizados para a consolidação da paz pelo direito internacional.

O estudo das fontes do Direito Internacional Penal pode ser dividido em três tópicos: a) as fontes do direito propriamente ditas, englobando tratados

internacionais, direito internacional costumeiro, princípios gerais de direito; b) os meios subsidiários para a determinação do direito: as decisões das cortes internacionais e os trabalhos doutrinários dos publicistas mais qualificados, mormente aqueles trabalhos advindos de associações de direito internacional; e, c) as fontes individuais do Direito Internacional Penal: i) Estatuto do TPI, Elementos Constitutivos e Regulamento Processual; ii) Estatutos do ICTY e ICTR; iii) Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio; iv) Lei do Conselho de Controle n. 10; v) Convenções de Genebra, Convenção do Genocídio, Regulamentos de Haia; vi) Decisões das Cortes e Tribunais Internacionais; vii) Resoluções da AGNU e do CSNU e relatórios do Secretário-Geral; viii) Esboços (drafts) e Comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; ix) Esboços (drafts) e Comentários de Associações Internacional de Estudiosos; x) Decisões das cortes nacionais; xi) Legislação nacional; xii) Manuais militares.

A partir da constituição de tribunais penais internacionais, de caráter ad hoc e permanente, é inegável a existência de Direito Internacional Penal – droit international pénal, international criminal law, derecho internacional penal, Völkerstrafrecht – desvinculado de um Direito Penal Internacional, este de cores acentuadamente “nacionais”, enquanto aquele se afirma como um ramo do direito internacional público mais atuante na sociedade internacional do século XXI.

## **O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)**

O Tribunal Penal Internacional é uma corte permanente e independente que julga pessoas acusadas de crimes do mais sério interesse internacional, como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Ela se baseia num Estatuto do qual fazem parte 106 países. É uma corte de última instância. Ele não agirá se um caso foi ou estiver sendo investigado ou julgado por um sistema jurídico nacional, a não ser que os procedimentos desse país não forem genuínos, como no caso de terem caráter meramente formal, a fim de proteger o acusado de sua possível responsabilidade jurídica. Além disso, o TPI só julga casos que ele considerar extremamente graves. Em todas as suas atividades, o TPI observa os mais altos padrões de julgamento justo, e suas atividades são estabelecidas pelo Estatuto de Roma.

### **2.1 Estrutura do Tribunal**

O Tribunal é uma instituição independente. Embora não faça parte das Nações Unidas, ele mantém uma relação de cooperação com a ONU. O Tribunal está sediado na Haia, Holanda, mas pode se reunir em outros locais. Ele é composto por quatro órgãos: a Presidência, as divisões judiciais, o escritório do promotor e o secretariado.

## **2.2 Presidência**

A Presidência é responsável pela administração geral do Tribunal, com exceção do escritório do procurador. Ela é composta por três juízes do Tribunal, eleitos para o cargo pelos seus colegas juízes, para um mandato de três anos.

## **2.3 Divisões Judiciais**

As divisões judiciais consistem em dezoito juízes distribuídos na Divisão de Pré-Julgamento, na Divisão de Julgamentos e na Divisão de Apelações. Os juízes de cada divisão permanecem em seus gabinetes que são responsáveis pela condução dos procedimentos do Tribunal em diferentes estágios. A distribuição dos juízes em suas divisões é feita com base na natureza das funções de cada divisão e nas qualificações e experiências dos juízes. Isto é feito de modo que cada divisão se beneficie de uma combinação apropriada de especialização em direito penal e internacional.

## **2.4 Escritório do Procurador**

O escritório do procurador é responsável pelo recebimento de referências ou outras informações substanciais a respeito de crimes dentro da jurisdição do Tribunal, por sua avaliação e pela investigação e prosseguimento do caso perante o Tribunal. O escritório é chefiado por um Procurador, que é eleito pelos Estados Partes para um mandato de nove anos. Ele é auxiliado por dois Vice Procuradores.

## **2.5 Secretariado**

O Secretariado é responsável por todos os aspectos não-jurídicos da administração do Tribunal. Ele é chefiado pelo Secretário que o principal oficial administrativo do Tribunal. O Secretário é exerce suas funções sob a autoridade do Presidente do Tribunal.

## 2.6 Jurisdição e Admissibilidade

O Tribunal pode exercer jurisdição sobre genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Estes crimes estão definidos em detalhes no Estatuto de Roma. O Tribunal possui jurisdição sobre os indivíduos acusados destes crimes (e não sobre seus Estados, como no caso da CIJ). Isto inclui aqueles diretamente responsáveis por cometer os crimes, como também aqueles que tiverem responsabilidade indireta, por auxiliar ou ser cúmplice do crime. Este último grupo inclui também oficiais do Exército ou outros comandantes cuja responsabilidade é definida pelo Estatuto.

O Tribunal não possui jurisdição universal. Ele só pode exercer sua jurisdição se:

- O acusado é um nacional de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal;
- O crime tiver ocorrido no território de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal;
- O Conselho de Segurança das Nações Unidas tenha apresentado a situação ao Procurador, não importando a nacionalidade do acusado ou o local do crime;
- O crime tiver ocorrido após 1º de julho de 2002;
- Caso o país tenha aderido ao Tribunal após 1º de julho, o crime tiver ocorrido depois de sua adesão, exceto no caso de um país que já tivesse aceito a jurisdição do Tribunal antes da sua entrada em vigor.

Todos os 21 casos examinados no Tribunal dizem respeito a situações ocorridas em oito países africanos. Até março de 2014, houve apenas duas condenações – em 2012, envolvendo Thomas Lubanga Dyilo e em 2014, de Germain Katanga, ambas no contexto da situação na República Democrática do Congo. Sete outras situações estão sendo investigadas pela Promotoria do TPI.

O Brasil depositou seu instrumento de ratificação ao Estatuto de Roma em 20 de julho de 2002. O tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Aspectos importantes de sua internalização ainda estão em trâmite no Congresso Nacional.

Atualmente, o Estatuto de Roma conta com 122 Estados-Partes – dos quais 34 são africanos; 27 latino-americanos e caribenhos; 25 do Grupo de Países Ocidentais e Outros; 18 da Europa do Leste e 18 da Ásia e Pacífico. Todos os países da América do Sul são partes do Estatuto.

Como qualquer instrumento jurídico internacional, o Estatuto de Roma é produto de seu tempo e é passível de ajustes para seu aprimoramento. O Brasil tem exercido papel de liderança nas reuniões em que os Estados partes tratam de ajustes com vistas a promover maior aceitação e a consolidação do TPI – a exemplo das discussões que levaram à adoção, em 2010, na Conferência de Revisão de Campala (Uganda), das emendas relativas ao crime de agressão, que estabelecem as condições para que o TPI possa exercer sua jurisdição sobre esse crime. O Brasil está comprometido com o processo de ratificação dessas emendas, que se encontra em andamento.

## **2.7 Princípios do Tribunal Penal Internacional**

### **2.7.1 Princípio da primazia da Jurisdição Internacional**

O princípio da primazia da Jurisdição Internacional, tem sua origem na Carta da Organização das Nações Unidas, que confere poderes ao Conselho de Segurança para manter ou restabelecer a paz internacional, utilizando-se dos meios necessários para que isso ocorra.

### **2.7.2 Princípio da complementaridade**

A relação jurisdicional internacional tem por base o princípio da complementaridade, pelo qual o Tribunal Penal Internacional somente atuará caso a jurisdição interna do Estado não estiver investigando, processando, ou já houver julgado o crime que ocorreu em seu território.

O princípio da complementaridade é relevante para distinguir qual será o órgão jurisdicional competente para julgar determinado caso (a jurisdição nacional



ou a internacional) e qual das leis (nacional ou internacional) será aplicada nesse julgamento. Desta forma, o alcance dado ao princípio da complementaridade abrangerá tanto a relação entre jurisdição nacional e internacional, como a relação entre a lei material nacional e internacional.

A característica de subsidiariedade do Tribunal Penal Internacional tem por base três critérios que delimitarão sua atuação, sendo eles a presença de coisa julgada, a vontade e disposição de punir por parte do próprio Estado e a gravidade do crime cometido. Desta forma, no caso de estarem presentes estes critérios, o Estado detém competência exclusiva para julgar, e não o Tribunal Penal Internacional, que somente se manifestará diante da insatisfatória atuação da jurisdição estatal originariamente competente.

### **2.7.3 Princípio da inerência**

O princípio da inerência atribui à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a prerrogativa de atuação automática, tendo como pressuposto apenas que o Estado onde ocorreu o crime ou onde o criminoso foi detido tenha aderido ao Estatuto de Roma.

Pelo princípio da inerência, o Tribunal Penal Internacional terá jurisdição automática, ou seja, não dependerá da autorização dos Estados para iniciar um julgamento. Este será realizado de ofício. Desta forma, tal princípio pode ser aplicado no que se refere ao crime de genocídio, sendo que o único requisito para a Corte possuir a devida competência para julgamento é de que o Estado em que ocorreu o crime ou onde foi detido o suposto culpado ter aderido ao Estatuto de Roma.

### **2.7.4 Princípio da prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é caracterizada pela noção contemporânea de Direitos Humanos, marcados por sua interdependência e indivisibilidade. Assim, os Direitos Humanos são constituídos por um complexo integral, único e indivisível, em que diversos direitos são inter-relacionados e interdependentes, decorrentes da dignidade inerente à pessoa humana, sendo, portanto, de interesse universal.

No que tange à sua relação com o Tribunal Penal Internacional, verifica-se que o princípio em questão é um dos meios que fazem com que o Tribunal exerça sua competência em conformidade com as Constituições dos respectivos países-membros, tendo em vista que a proteção dos Direitos Humanos possui relevância não apenas na esfera interna do Estado, uma vez que, em se tratando de crimes contra a humanidade, todos os países devem manifestar-se a favor de punições severas aos autores de tais delitos.

## **2.8 Alguns casos julgados pelo Tribunal Penal Internacional.**

### **Augustin Bizimungu - Ruanda**

O ex-comandante do Estado-Maior do Exército ruandês, Augustin Bizimungu, foi acusado de genocídio pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Segundo ONU, 800 mil pessoas foram assassinadas em Ruanda, em 1994, em sua maioria da etnia tutsi.

Resultado: Condenado a 30 anos de prisão em maio de 2011.

### **Muammar Gaddafi - Líbia**

O promotor do TPI, Luis Moreno Ocampo, pediu em 16 de maio de 2011 a prisão por crimes contra a humanidade do ditador líbio Muammar Gaddafi, além de seu filho mais velho, Seif al Islam, e do chefe dos serviços de inteligência de seu regime, Abdallah Al Senusi. Entre as acusações estão o ataque a civis em vias públicas, disparos contra manifestantes com armas de fogo, uso de armamento pesado em funerais e uso de franco-atiradores nos protestos.

### **Ante Gotovina - Sérvia**

O ex-general croata Ante Gotovina era acusado de crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos em 1995 contra a população sérvia na Croácia. Segundo a acusação, eles foram responsáveis pela morte de 324 civis ou soldados que entregaram armas e pelo deslocamento forçado de 90.000 sérvios de Krajina. Gotovina foi quem comandou a ofensiva militar "Operação Tempestade" que tentou reconquistar a região de Krajina, ao sul da Croácia, a última zona de resistência controlada pelos sérvios na Croácia em 1995.

Resultado: Foi condenado a 24 anos de prisão, em maio de 2011, em um julgamento que durou mais de 303 dias. Junto com ele outros dois ex-generais croatas foram julgados. Ivan Cermak foi absolvido e Mladen Markac foi condenado a 18 anos de prisão.

### **William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey e Joshua Arap Sang - Quênia**

William Samoei Ruto (foto), ex-ministro da Educação, Ciência e Tecnologia do Quênia, e Henry Kiprono Kosgey, membro do partido ODM, no Quênia, estão com julgamento marcado para o dia 7 de setembro de 2011, acusados de crimes contra a humanidade, entre eles, assassinatos e perseguições à população civil. Joshua Arap Sang, que trabalhava na rádio Kass FM, no Quênia, também será levado ao tribunal em 1º de setembro de 2011, acusado dos mesmos crimes e de usar seu programa para incitar a violência entre diferentes grupos.

### **Abu Garda - Sudão**

Bahar Idriss Abu Garda, líder da Frente Unida para a Resistência (URF), um grupo rebelde de Darfur, foi acusado de crimes de guerra e de comandar um ataque no qual teriam morrido 12 soldados. Foi um dos primeiros acusados pelo Tribunal Penal a se entregar voluntariamente.

Resultado: No julgamento, em 2010, a Corte decidiu que não havia provas suficientes para condenar Abu Garda.

### **Gaspard Kanyarukiga - Ruanda**

O empresário ruandês Gaspard Kanyarukiga, 65, era acusado pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR) de envolvimento no massacre de 2.000 tutsis em uma igreja de Nyange, em abril de 1994. Segundo o TPIR, sediado em Arusha, Kanyarukiga foi considerado culpado dos crimes de genocídio, extermínio e crimes contra a humanidade. Os policiais e os integrantes da milícia comandada pelo empresário lançaram combustível através do telhado da igreja e depois usaram armas e granadas para matar os que se refugiaram no interior do local. Kanyarukiga foi acusado de supervisionar esses acontecimentos e, depois, ordenar que os corpos fossem retirados e a igreja, destruída.

Resultado: Foi condenado a 30 anos de cadeia em 2010.

### **Vujadin Popovic e Ljubisa Beara - Bósnia**

Em junho de 2010 o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIY) condenou sete sérvios bósnios pela morte de mais de 7.000 muçulmanos bósnios, após a queda dos enclaves de Srebrenica e Zepa, na Bósnia e Herzegovina, em julho de 1995. O massacre, considerado o pior cometido na Europa desde a Segunda Guerra Mundial, foi qualificado de genocídio pelo TPI e pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ).

Resultado: O ex-tenente-coronel Vujadin Popovic, 53, e o ex-coronel Ljubisa Beara, 70, foram condenados à prisão perpétua por serem reconhecidos culpados de genocídio, extermínio, homicídios e perseguições. Outros cinco oficiais também foram condenados.

### **Callixte Kalimanzira - Ruanda**

Callixte Kalimanzira, 54, ex-diretor de gabinete no Ministério do Interior, era acusado de participar do genocídio de 1994 em Ruanda. Segundo o resumo do julgamento, Kalimanzira não matou pessoalmente, mas incentivou os tutsis a se reunirem na colina de Kabuye "quando sabia que milhares deles seriam mortos". O massacre de Kabuye, que durou vários dias, foi "uma enorme tragédia humana", afirmou o juiz, ressaltando que Kalimanzira "tinha a intenção de destruir total ou parcialmente o grupo étnico tutsi como tal".

Resultado: Foi condenado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda a 30 anos de prisão, em 2009.

### **Radovan Karadzic - Bósnia**

O ex-líder sérvio da Bósnia Radovan Karadzic, que chegou a ser um dos homens mais procurados do mundo e passou uma década fugindo, foi detido pelo Tribunal Penal Internacional em 2008. Seu julgamento começou em julho do mesmo ano. Ele é acusado de genocídio e crimes de guerra.

### **Omar Hassan Ahmad al Bashir - Sudão**

A primeira ordem de prisão emitida pelo Tribunal Penal Internacional contra um chefe de Estado foi contra o presidente do Sudão, Omar Hassan Ahmad

al Bashir, em 2008, acusado de genocídio pelos crimes cometidos na região de Darfur.

### **Theoneste Bagosora - Ruanda**

O coronel Theoneste Bagosora e outros dois generais, Aloys Ntabakuze e Anatole Nsengiyumva, considerados os três principais dirigentes do governo de etnia hutu, em Ruanda, eram acusados pelo Tribunal Penal Internacional para a Ruanda (TPIR) de comandar o massacre de 800 mil tutsis, em 1994. A decisão do tribunal levou a União Africana a encerrar a sua 'cooperação' com o órgão.

Resultado: Os três foram condenados à pena de morte, em 2010.

### **Dragomir Milosevic - Bósnia**

O general servo-bósnio Dragomir Milosevic era acusado de comandar o cerco à cidade de Sarajevo durante a Guerra da Bósnia (1992-1995), entre outros crimes. Milosevic -- que não tem parentesco com o ex-presidente da Iugoslávia, o falecido Slobodan Milosevic -- foi considerado culpado de terror, crimes de guerra, assassinato, atos desumanos e crimes contra a humanidade, incluindo um ataque a um mercado de Sarajevo em agosto de 1995, que causou a morte de 34 civis e outros 78 ficaram feridos.

Resultado: Foi condenado a 33 anos de prisão, em 2007.

### **Thomas Lubanga Dyilo - República Democrática do Congo**

Thomas Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser julgado pelo tribunal, em 2006. Dyilo é acusado de recrutar crianças com menos de 15 para lutar nos conflitos étnicos na região de Ituri entre 2002 e 2003, na República Democrática do Congo. Dyilo é ex-líder de um movimento rebelde da República Democrática do Congo, a União de Patriotas Congolezes (UPC). O processo foi remetido ao TPI pelo governo da RDC, em abril de 2004 e, em 2009, Dyilo chegou a ser liberado, pois conclui-se que ele não teria um julgamento justo, mas a acusação entrou com novo recurso.

## **2.9 O Brasil e o Tribunal Penal Internacional**

O Brasil ratificou o tratado em 01.07.2000, tendo sido editada em 2004 a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o § 4º ao artigo 5º da CF/88 e reconheceu a submissão do Brasil à jurisdição internacional do Tribunal. O país depositou o instrumento de ratificação em 20.06.2002, tendo sido promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto no. 4.388, de 25.09.2002, e passado a vigorar, para o Brasil, em 01.09.2002.

O Brasil deve respeitar e apoiar o Tribunal Penal Internacional, uma vez que dele já faz parte de forma a amparar a atuação do Tribunal dentro do território brasileiro. O país é signatário do Estatuto de Roma, e de acordo com o que lá está disposto, deve cooperar plenamente, implementando, inclusive, uma legislação que auxilie no processo de julgamento e condenação dos indivíduos que cometem os crimes elencados pelo Estatuto, conclui-se que caso haja um pedido de entrega de um nacional para ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, não há razões que obstem tal forma de cooperação. O brasileiro nato como qualquer indivíduo pode ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional, desde que respeitadas as regras concernentes à extradição. Em nada significa afronta aos direitos do brasileiro nato, mas sim que todo homem, independentemente da nacionalidade, pode e deve ser alvo de uma justiça.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito Internacional Penal, especialmente após a criação dos tribunais penais internacionais é uma realidade palpável e que exerce papel cada vez mais ativo à medida em que se consolida a atuação jurisprudencial do Tribunal Penal Internacional.

A criação do Tribunal Penal Internacional como um foro permanente para julgar os mais graves crimes internacionais, na omissão dos judiciários nacionais, foi uma grande conquista das Nações Unidas na busca da paz global e no reconhecimento dos direitos humanos na esfera internacional. O TPI como um exemplo de uma transformação do direito internacional: garantias penais, previsão legal da responsabilização dos superiores hierárquicos ou líderes, rejeição das imunidades, proibição da pena de morte e o caráter excepcional da prisão perpétua.

### **REFERÊNCIAS**

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DALBORA, José Luis Guzmán. “**Crimes internacionais e prescrição**”. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 169.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso elementar**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<https://www.icc-cpi.int/>

## IMPACTOS JURÍDICOS DO SISTEMA BRASILEIRO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

**THOMAS AUGUSTO FERREIRA DE ALMEIDA:**  
Procurador Federal. Doutorando em Direito Constitucional, Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP.

**Resumo:** A Emenda Constitucional nº 85/2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma diretriz contundente no sentido de estimular a associação entre instituições públicas de pesquisa científica e tecnológica por intermédio da flexibilização das rígidas normas de direito público impostas às instituições públicas de pesquisa. Essas diretrizes constitucionais foram implementadas pela Lei nº 13.243, de 2016, que alterando significativamente o Marco Legal da Ciência e Tecnologia (Lei n 10.973/2004), inseriu no sistema jurídico brasileiro um perfil econômico estatal denominado pela doutrina de “Estado Empreendedor”. Este artigo pretende analisar a origem e o impacto jurídico do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação - SNCTI após a recente edição do Decreto nº 9.283, de 07/02/2018, que regulamenta este conjunto normativo.

**Palavras chave:** *ciência, tecnologia e inovação; universidade pública; estado empreendedor; fundações de apoio; licitação.*

**Abstract:** The Constitutional Amendment No. 85/2013 introduced in the Brazilian legal system a forceful directive in the sense of stimulating the association between public institutions of scientific and technological research by means of the flexibilization of the rigid norms of public law imposed to the federal institutions of research. These constitutional guidelines were implemented by the statute No. 13,243, of 2016, which significantly altered the Legal Framework of Science and Technology (Law 10,973/2004), inserted in the Brazilian legal system a state economic profile denominated by the doctrine "Entrepreneurial State". This article intends to analyze the origin and the legal impact of the National System of Science, Technology and Innovation – SNCTI, after the recent edition of Executive Order nº 9.283, of 07/02/2018, which regulates this system.

**Keywords:** *science, technology and innovation; public university; entrepreneurial state; support foundations; bidding.*



**Sumário:** *Apresentação e proposta; O Estado Empreendedor em ciência, tecnologia e inovação; Política americana de inovação e o Bayh-Dole Act de 1980; A Emenda Constitucional 85; A nova legislação brasileira do SNCTI; Principais inovações; Oportunidades aos atores do SNCTI.*

---

### ***Apresentação e proposta***

Com a recente edição do Decreto nº 9.283, de fevereiro de 2018, o Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação - SNCTI complementou sua nova estruturação normativa iniciada com a Emenda Constitucional nº 85, de 2015, e com as reformas implementadas pelo Marco Legal da Ciência e Tecnologia (Lei nº 13.243/2016) que alteraram significativamente o a Lei n 10.973/2004.

Este artigo pretende analisar os principais impactos desta normatização a partir da perspectiva das oportunidades criadas para as Instituições de Ciência e Tecnologia públicas, principais celeiros de criação e inovação no Brasil.

### ***O Estado Empreendedor em ciência, tecnologia e inovação***

Em meados de 2007 o mundo da tecnologia foi tomado de espanto pelo lançamento de um produto que prometia revolucionar as comunicações humanas: o telefone celular da empresa Apple, o iPhone. Em uma apresentação midiática conduzida pelo presidente da empresa, Steve Jobs, uma plateia de expectadores ficou maravilhada com os predicados e as funcionalidades deste aparelho não só inovador em design como também em tecnologia.

Neste momento, a já afamada empresa Apple transformou-se para o grande público consumidor no *benchmarking* das empresas de tecnologia. Filas enormes se formaram nas lojas da Apple para aquisição do telefone que se tornou objeto de desejo de consumo em todo o mundo.

Nos cinco anos posteriores ao lançamento do iPhone as vendas líquidas da Apple aumentaram em 460% [1]. Hoje ela é a empresa mais valiosa do mundo, tendo sido cogitada a ser a primeira corporação que poderá ultrapassar o simbólico valor de mercado de um trilhão de dólares [2]. Estima-se que a Apple sozinha valha mais que todas as empresas com valor em bolsa no Brasil [3].

Todavia, o que ficou oculto nesta história de sucesso empresarial foi o relevante papel desempenhado pelo governo americano na criação das tecnologias utilizadas pela Apple em seu telefone móvel, como por exemplo as tecnologias de telas sensíveis ao toque (*touch screen*), acesso à internet e GPS (*global position system*).

Como bem apresentado por Mariana Mazzucato, na obra referencial do tema, “O Estado Empreendedor”<sup>[4]</sup>, o grande trunfo da Apple não era inventar as tecnologias, mas integrá-las em um produto. A empresa, como apontado pela autora, não concentra seus recursos no desenvolvimento de tecnologias, mas em sua integração em uma arquitetura inovadora. O mérito da empresa é, portanto, a partir de uma visão corporativa em produtos, reconhecer e integrar tecnologias emergentes com potencial comercial inventadas por outros e muitas vezes com apoio do dinheiro de impostos<sup>[5]</sup>.

Nota-se, assim, que o aparelho iPhone é resultado não só de um empreendimento empresarial, mas principalmente de décadas de apoio governamental em inovação de forma direta ou indireta. As tecnologias contidas no iPhone são fruto de arriscados investimentos de capital nos estágios iniciais de criação de tecnologia realizados pelo governo americano. Muitas das tecnologias presentes no aparelho são originadas de programas de iniciativas governamentais ou pesquisas desenvolvidas em instituições públicas de pesquisa, bem como resultantes de políticas fiscais e comerciais que apoiavam empresas americanas a desenvolverem novas tecnologias.

Portanto, grande parte do elã do iPhone não era resultado da capacidade científica e inovadora de uma empresa jovem e moderna, mas decorria de pesados e arriscados investimentos diretos ou indiretos do aparelho estatal norte-americano em instituições públicas ou privadas de pesquisa.

### ***Política americana de inovação e o Bayh-Dole Act de 1980***

O intuito do governo americano no desenvolvimento das tecnologias acima mencionadas, evidentemente, não estava no valor filosófico do desenvolvimento da ciência como um legado à humanidade ou mesmo nas aspirações imperialistas da tecnologia militar, mas sim nos reflexos econômicos positivos resultantes da tecnologia aplicada. Com efeito, o salto da revolução da informação criada pela internet, inicialmente concebida para preservar a capacidade

de comunicação em caso de uma guerra nuclear, foi em grande parte possível apenas pela iniciativa pública em sua pesquisa.

A legislação americana foi em grande parte responsável pela criação nas décadas finais do século XX de um ambiente econômico propício à inovação, demonstrando como uma regulação virtuosa pode transformar a realidade econômica de um país. A principal característica deste ambiente foi fomentar uma relação público-privada para a inovação.

Sem embargo, a riqueza de uma nação decorre da prosperidade de seus cidadãos, assim, o Estado decide assumir um papel protagonista do fomento à inovação, atuando como um indutor de atividades de pesquisa e compartilhando os riscos da pesquisa científica. Os riscos tecnológicos envolvidos na pesquisa não são desprezíveis e apenas com os recursos decorrentes da contribuição de toda a sociedade é possível assumir riscos do montante representado pela pesquisa em grandes inovações.

Diante destes riscos, raramente a iniciativa privada se dispõe a investimentos sem uma perspectiva de retorno provável ou mesmo de conseguir arregimentar capital suficiente para este investimento. Considere-se, ainda, desestimulando o investimento em pesquisa, a atraente opção dos mais diversos produtos disponíveis no mercado financeiro.

Diante deste cenário, as inovações radicais e as revoluções tecnológicas necessitam da liderança do Estado para se realizarem. Os exemplos na história deste necessário protagonismo do Estado são inúmeros como, por exemplo, os investimentos no setor aeroespacial e no das telecomunicações.

Por sua vez, para que esse investimento em pesquisa efetivamente se converta em riqueza à sociedade, é preciso que esta tecnologia desenvolvida com recursos e/ou em ambientes públicos também tenha aplicação no cotidiano da sociedade de consumo. É essencial que as relações público-privadas, assim, sejam estimuladas pois o setor público também depende da expertise das empresas para converter a tecnologia em inovações desejáveis e utilizáveis pelo mercado consumidor.

Esta conexão público-privada pressupõe a elaboração de um sistema regulatório eficiente e seguro que garanta aos envolvidos confiança e estabilidade sobre os riscos envolvidos.

Nos Estados Unidos da América esta constatação foi percebida ainda nos anos 1970 quando se notou que a indústria americana havia perdido a competitividade em face das demais nações industrializadas e que muito desta defasagem teria fundamento na incapacidade do Estado em converter suas inúmeras patentes geradas pelos vultosos investimentos da pesquisa militar em inovações para sociedade de consumo. Como resposta, foi editada o *Bayh-Dole Act*, confirmado em 1981, que teve como principal novidade a mudança na configuração da propriedade intelectual das patentes geradas pelas pesquisas com financiamento estatal<sup>[6]</sup>.

Se antes dessa norma as patentes obrigatoriamente deveriam ser de propriedade do governo, após a legislação foi outorgado às instituições de pesquisa que negociassem essa propriedade gerada a partir de recursos públicos, permitindo, assim, que as criações fossem convertidas em inovação. A gestão das patentes patrocinadas pelo governo passou assim a ser descentralizada às instituições de pesquisa financiadas, que adquiriram autonomia para comerciá-las com empresas.

O *Bay-Dohle Act* exerceu nítida influência na construção do o novo Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – SNCTI<sup>[7]</sup>. E em diversos dispositivos na nova legislação nacional fica claro o intento de aproximação entre empresa e Estado. O compartilhamento do risco tecnológico no desenvolvimento de uma criação e a autonomia atribuída às Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação- ICTs para disporem sobre a propriedade das patentes geradas no empreendimento científico, são exemplos da efetivação desta diretriz de atração das empresas para firmarem parcerias com as ICTs e assim promover a inovação.

Consoante previsto na Lei nº 10.973/2004, compreende-se no grupo denominado de Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) o *órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos*. Um amplo grupo que

abrange as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as instituições públicas de pesquisa.

### *A Emenda Constitucional 85*

O primeiro passo para a estruturação normativa de um ambiente propício à inovação foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 85 de 2015. Esta emenda à Constituição deu nova redação ao artigo 218 e seus parágrafos, inserindo a inovação dentro das diretrizes de fomento tecnológico. A introdução sistemática da inovação à redação constitucional ampliou os objetivos do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – SINCTI.

A inovação é legalmente conceituada como a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho” (art. 2º, IV, da Lei nº 10.973/2004 com redação pela Lei nº 13.243/2016). Diferencia-se, assim, da criação por representar uma etapa posterior a esta, onde uma ideia nova ou já existente será empregada em um produto com destinação comercial.

Com a introdução da inovação entre as diretrizes constitucionais, portanto, o Estado brasileiro em promover e incentivar o desenvolvimento científico também com o foco na transformação do conhecimento em produtos para a sociedade[8].

Este empenho do constituinte derivado ficou ainda mais nítido com a introdução dos artigos 219-A e 219-B no texto constitucional:

*Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.*

*Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.*

*§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI.*

*§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.*

Lançadas as bases constitucionais para reformulação da ordenação jurídica brasileira relacionada à ciência, tecnologia e inovação, abriu-se caminho para o aprimoramento normativo que propiciará a construção de um ambiente de maior colaboração entre as ICTs públicas e as empresas no desenvolvimento científico e econômico nacional.

#### ***A nova legislação brasileira do SNCTI***

Efetivamente, na atual divisão internacional do trabalho, as economias centrais mais modernas produzem bens de elevada complexidade tecnológica e com alto valor agregado, como produtos de comunicação e de robótica. Por sua vez, as economias periféricas produzem os insumos e commodities necessárias aos processos iniciais daquelas manufaturas, normalmente de baixa complexidade tecnologia ou valor de marca.

Dentro desta divisão mundial relativamente estável, dificilmente os países periféricos realizarão sua independência tecnológica se dependerem da iniciativa das multinacionais com sedes nas economias centrais. Portanto, especialmente, para essas nações, o Estado deve atuar estimulando a construção de um ambiente de pesquisa e desenvolvimento científico para conseguir superar esta divisão e inserir a economia do país em um patamar mais privilegiado das trocas comerciais.

O Estado deve funcionar como alavanca de projetos de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação com o objetivo de atrair investimento privados para a aplicação das pesquisas por ele financiadas e assim gerar produtos e serviços competitivos.

O sistema de participações público-privadas atua, assim, na correção de falhas de mercado para diminuir os riscos e os custos de investimento em Pesquisa e Desenvolvimento.

Consoante declarado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTI a legislação do SNCTI foi construída a partir da idealização de que as atividades científicas e tecnológicas são estratégicas para o desenvolvimento econômico e social. Neste sentido, a legislação busca fomentar a integração entre os setores públicos e privados para a constituição de ambientes favoráveis à inovação[9].

Considerando que a pesquisa científica é em grande parte financiada pelo Poder Público, inevitavelmente normas de direito público incidirão nas relações jurídicas relacionadas à pesquisa financiada, pois constitucionalmente exige-se a prestação de contas daqueles que utilizem os recursos públicos.

Todavia, com a nova legislação do SNCTI, diversos os institutos jurídicos incidentes sobre o regime jurídico da ciência e da tecnologia, como normas de compras, tributação, de prestação de contas e de servidores adquiriram nova conformação, mostrando-se mais simplificados quando comparados ao regime público ordinário.

Diversas normas relacionadas, assim, ao regime público de administração pública, compras, tributação e funcional foram impactadas pela Lei 13.243/2016 que alterou a antiga Lei de Ciência e Tecnologia (Lei nº 10.973/2004). Entretanto, muitos comandos legais introduzidos Lei nº 13.243/2016, que alterou a antiga Lei de Ciência e Tecnologia (Lei nº 10.973/2004), permaneciam inaplicáveis e ainda carentes de regulamentação que lhes proporcionasse efetividade. Com a promulgação do Decreto nº 9.283/2018, o ciclo normativo completou-se e as normas do SNCTI puderam assim ganhar plena efetividade.

### ***Principais inovações***

Entre os temas que merecem destaque nesta regulamentação, é multiplicação de formas para constituição de alianças estratégicas para projetos de pesquisa que envolvam instituições públicas e privadas de pesquisa com empresas. As formas de cooperação e financiamento, aliás, são as mais diversificadas

possíveis, inclusive autorizando a União e os demais entes federativos e suas entidades a participarem minoritariamente do capital social de empresas que estejam desenvolvendo tecnologias de interesse público (art. 5º da Lei nº 10.973/2004).

O novo regime jurídico do SNCTI, inspirado no modelo norte-americano[10], também conferiu maior autonomia às ICTs públicas para que negociem a transferência de tecnologia e a propriedade de patentes junto ao setor privado, com vistas a gerar inovação no ambiente produtivo. É importante mencionar que na abrangente definição de Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação- ICT contida no art. 2º, V, da Lei 10.973/2004 com redação dada pela Lei nº 13.243/2016, encontram-se especialmente, dentre outros atores, as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES, que concentram a maior parte das pesquisas desenvolvidas no Brasil. Aliás, diversas disposições do SNCTI têm nas universidades federais seus principais destinatários, como por exemplo ao dispor sobre as Fundações de Apoio e os Núcleos de Inovação Tecnológica - NITs.

A normatização, todavia, não afasta os princípios da Administração Pública, a saber, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Destarte, cada ICT pública deverá instituir e publicar sua política de inovação para orientar estes processos de transferência de tecnologia e as instituições interessadas em formalizar parcerias com elas. Esta política, por sua vez, deverá se alinhar com as prioridades da política nacional de ciência, tecnologia e inovação e com a política industrial e tecnológica nacional (art. 15-A da Lei nº 10.973/2004 e art. 14, §3º, do decreto nº 9.283/2018).

No âmbito da gestão pública, houve o reforço do papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica - NITs como interlocutores desta política de inovação das ICTs públicas com a iniciativa privada. Consoante sua definição legal, os NITs constituem-se em estruturas instituídas por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, com a finalidade de efetuar a gestão da política de inovação destas (art. 2º, VI da Lei nº 10.973/2004). Tais estruturas internas das ICTs agora possuem competências mínimas na legislação, o que propiciará uma uniformização da interlocução das entidades públicas do segmento científico com a iniciativa privada. Dentre as competências mínimas atribuídas aos NITs, encontra-se a promoção do relacionamento da ICT com empresas, bem como a negociação e a gestão dos acordos de transferência de tecnologia, podendo inclusive mediante



delegação representar a ICT pública no âmbito de sua política de inovação (art. 16, §§1º e 2º da Lei nº 10.973/2004).

Como forma de otimizar estruturas e compartilhar expertise, foi permitido ainda que um NIT represente mais de uma ICTs, além de possuir personalidade jurídica própria, desde que sem fins lucrativos. Esta entidade poderá inclusive credenciar-se como fundação de apoio da ICT para fins de obter os benefícios da Lei nº 8.958/1994 (art. 1º, §8º da Lei 8.958/1994).

A opção dos NITs de qualificarem-se como fundações de apoio reforça a política de consolidação das fundações de apoio como uma *longa manus* das ICTs públicas e IFES junto ao regime jurídico privado. Com efeito, por intermédio da criação e controle institucional destas fundações, propicia-se às entidades apoiadas a possibilidade de utilização do regime de direito privado como alternativa ao regime de direito público para contratações e compras[11].

O relacionamento entre as IFES e as fundações de apoio outrora foi combatido e criticado pelos órgãos de controle[12]. Todavia, com a legalização das práticas deste relacionamento ao longo das alterações legislativas dos últimos dez anos, os contratos e parcerias entre IFES e suas fundações de apoio alcançou grau de segurança jurídica suficiente para na atualidade este relacionamento seja melhor compreendido pelos órgãos de controle. A utilização das fundações de apoio para gerenciamento das atividades de pesquisa e de desenvolvimento institucional das IFES e ICTs mostra-se assim, uma importante estratégia de flexibilidade gerencial outorgada a estas entidades de pesquisa. Destaca-se, neste ponto, a possibilidade dos recursos e direitos dos projetos das parcerias das IFES e ICTs públicas serem repassados pelos contratantes diretamente às fundações de apoio (Lei 8.958/1994, Art. 1º, §7º). Esta prática afasta da gestão destes recursos a aplicação das normas de direito financeiro e orçamentário públicos, permitindo maior flexibilidade de gestão financeiro ao projeto de pesquisa.

Ainda no campo gerencial, foi flexibilizado o regime financeiro das ICTs, autorizando-as a transpor, remanejar ou transferir seus recursos entre categorias de programação sem a exigência de prévia autorização legislativa (art. 46 Decreto nº 9.283/2018).

Outrossim, a prestação de contas dos recursos públicos foi simplificada, refletindo uma opção pela desburocratização. A previsão contida no artigo 27-A e artigo 9º-A, §2º, da Lei 10.973/2004, foi detalhada em um capítulo autônomo pelo Decreto nº 9.283/2018 (arts. 47 a 60). Os dispositivos refletem uma opção do legislador em concentrar-se mais nos resultados do projeto do que no controle dos procedimentos administrativos em relação aos recursos utilizados na atividade de pesquisa e inovação. A sistemática é mais compatível com as características das atividades de ciência, tecnologia e inovação e vai ao encontro das demandas da comunidade científica brasileira por maior simplificação das prestações de contas.

Uma outra vantagem introduzida foi a criação de um procedimento especial para a dispensa de licitação de obras e serviços de engenharia enquadrados como produtos de pesquisa e desenvolvimento. Neste sentido, o Decreto nº 9.283/2018, previu em seu artigo 61 um procedimento especial para a dispensa de licitação para contratação de produtos de pesquisa e desenvolvimento, bem como obras e serviços de engenharia enquadrados como produtos para pesquisa e desenvolvimento.

Em uma leitura rápida, aparentemente, o procedimento especial de dispensa de licitação estaria limitado às obras e serviços de engenharia, como apontado pelo subtítulo da Seção I do Capítulo VIII. Todavia, as disposições dos artigos 62 e 64, §3º, permitem uma abertura para contratação de quaisquer bens e serviços enquadráveis como produtos de pesquisa e desenvolvimento. Neste sentido, o 64, §3º regra que *a contratante poderá facultativamente adotar as disposições previstas neste artigo para aquisição ou contratação de outros produtos de pesquisa e desenvolvimento não enquadrados no caput*. E provavelmente este foi o intuito da regulamentação, visto que a seção III do capítulo VIII é intitulada por *disposições gerais sobre a contratação de produtos de pesquisa e desenvolvimento*.

Outro louvável avanço foi a ampliação da dispensa de licitação para aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, independente do financiamento da contratação por agências de fomento como previsto anteriormente. Com a nova redação dada pela Lei nº 13.243/2016 ao inciso XXI do artigo 24 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), além da citada desvinculação à origem dos recursos, foi aumentado o limite da dispensa por valor

para obras e serviços de engenharia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

O aumento dos limites é mais do que bem-vindo para as ICTs públicas. Com efeito, em estudo recentemente realizado pela Controladoria-Geral da União - CGU em 2017, foi recomendado "para garantir maior eficiência dos processos licitatórios a correção pelo IPCA dos limites de valores das modalidades de licitação contidas na Lei nº 8.666/93 e a elevação do percentual que define o limite para as licitações dispensadas de 10% para 20%" [13].

O citado estudo demonstra que os custos operacionais relacionados às modalidades de convite e pregão trazem maior prejuízo à administração que os custos relativos à dispensa de licitação. Assim, o órgão de controle interno do Governo Federal sugere a migração destes processos licitatórios para a modalidade de dispensa, tendo em vista o custo estimado da fase interna da licitação (elaboração de pesquisa de preços, termo de referência, edital etc). Neste sentido, destaca o estudo que ainda que o valor de dispensa para aquisição de bens e serviços fosse corrigido de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para R\$ 26.412,86 (vinte e seis mil e quatrocentos e doze reais e oitenta e seis centavos) com a aplicação do IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo) acumulado entre 1998 (data da atualização dos valores na Lei de Licitações) ainda assim 63% dos órgãos continuariam com compras deficitárias em razão do custo do processo de licitação.

No mesmo sentido de proporcionar maior eficiência aos procedimentos administrativos de compras das ICTs públicas foi dispensada no todo ou em parte a documentação exigida para contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou limitada até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme disposto no artigo 67 do Decreto nº 9.283/2018.

Outra medida introduzida na legislação pelo Decreto nº 9.283/2018 que proporcionará maior dinâmica gerencial às ICTs públicas foi prever tratamento prioritário e procedimentos simplificados para a importação e o desembaraço aduaneiro de bens, insumos, reagentes, peças e componentes utilizados em pesquisa científica e tecnológica (artigo 579-A do Decreto 6.759/2009).

Desta forma, as disposições do SNCTI relacionadas às contratações públicas contribuem determinadamente para a maior eficiência das ICTs públicas, visto que as horas de trabalho de servidores empenhadas nas atividades de licitação poderão ser direcionadas a outras atividades sensíveis a estas instituições.

Outra diretriz bem recebida é a do fomento à internacionalização das ICTs públicas por intermédio da autorização para exercer suas atividades fora do território nacional. O artigo 18 do Decreto nº 9.283/2018, por exemplo, elenca um conjunto de disposições que fomentam a atuação das ICTs públicas no exterior. Entre os mecanismos previstos encontra-se não só a alocação de recursos humanos no exterior, como também a instituição de laboratórios no exterior, além de nas parcerias internacionais poderem ser utilizados instrumentos jurídicos distintos dos previstos no decreto.

Por sua vez, com a regulamentação dos instrumentos jurídicos de estímulo à inovação (termo de outorga, o acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação, e o convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação), foi conferida maior segurança jurídica aos acordos públicos de pesquisa e inovação.

O primeiro destes instrumentos regulamentados, o termo de outorga, consiste em um instrumento jurídico que tem por finalidade a concessão de bolsas, de auxílios, de bônus tecnológico e de subvenção econômica (artigo 18 do Decreto nº 9.283/2018).

Já os acordos e convênios de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação consistem em instrumentos jurídicos de formalização de parcerias entre os atores do SNCTI. O acordo tem por objetivo a pactuação de "atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo, sem transferência de recursos financeiros públicos para o parceiro privado". Este acordo é celebrado por ICT com instituições públicas ou privadas e dispensa licitação ou outro processo competitivo de seleção equivalente (artigos 35 e 36 do Decreto nº 9.283/2018).

O convênio tem por objeto a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, porém, com transferência de recursos financeiros públicos. Este instrumento jurídico tem por partícipes os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICTs públicas e privadas (artigo 38 do Decreto nº 9.283/2018).

Também foram regulamentados os processos de encomenda tecnológica pela administração pública e o bônus tecnológico. O bônus tecnológico consiste em um *voucher* outorgado às microempresas e empresas de pequeno e médio porte para ser utilizado por estas realização de pesquisas junto a ICTs públicas ou mesmo para contratações de empresas para prestação de serviços tecnológicos (artigo 29 e §6º do Decreto nº 9.283/2018).

A encomenda tecnológica é a contratação efetuada pela Administração Pública tendo por objeto a "realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador" (artigo 27 do Decreto nº 9.283/2018). Esta contratação é um instrumento valioso de indução do desenvolvimento tecnológico diante da flexibilidade e da autonomia conferida às instituições públicas para sua formulação e contratação de soluções tecnológicas para a Administração Pública.

Outro importante setor da Administração Pública significativamente impactado pela legislação é o da gestão de recursos humanos e o correspondente regime funcional do servidor e do empregado público. A novel legislação flexibiliza o regime funcional dos servidores públicos permitindo que estes desenvolvam suas atividades dentro da empresa parceira (artigo 35, §3º, Decreto nº 9.283/2018).

Igualmente, foi previsto ao pesquisador público - o servidor ou empregado público que realize como atribuição funcional a atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação -, a possibilidade de licenciar-se sem remuneração "para constituir, individual ou associadamente, empresa com a finalidade de desenvolver atividade empresarial relativa à inovação" (artigo 15 Decreto nº 9.283/2018).

A regulamentação do compartilhamento de estruturas públicas de natureza científica como laboratórios, de forma mais autônoma às ICTs, também é um avanço normativo que deverá colaborar para a efetivação das parcerias público-privadas na área da inovação. Sem embargo, era corriqueiro o questionamento pelos órgãos de controle da conveniência e oportunidade de compartilhamento das estruturas de pesquisa das ICTs com outras instituições. Com a edição do Decreto nº 9.283/2018 o compartilhamento dos laboratórios, equipamentos, instrumentos,

materiais e demais instalações com outra ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica adquire nova conformação, permitindo às ICTs públicas maior autonomia gerencial destes bens públicos.

Sem embargo, a nova legislação atribui a esses bens a possibilidade de sua destinação para "apoiar a criação, a implantação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, como forma de incentivar o desenvolvimento tecnológico, o aumento da competitividade e a interação entre as empresas e as ICT" (artigo 6º Decreto nº 9.283/2018). Foi prevista não só a cessão de uso de bem público para instalação de ambientes promotores da inovação, como também a possibilidade de transferência de recursos públicos para obras de ampliação ou construção de novas estruturas físicas, ainda que em terrenos particulares, desde que destinados ao funcionamento destes ambientes de inovação.

Já os meios de investimento do Estado no SNCTI, para estímulo à inovação nas empresas, podem ser elencados nos seguintes instrumentos (artigo 2º-A da Lei nº 10.973/2004): I - subvenção econômica; II - financiamento; III - participação societária; IV - bônus tecnológico; V - encomenda tecnológica; VI - incentivos fiscais; VII - concessão de bolsas; VIII - uso do poder de compra do Estado; IX - fundos de investimentos; X - fundos de participação; XI - títulos financeiros, incentivados ou não; XII - previsão de investimento em pesquisa e desenvolvimento em contratos de concessão de serviços públicos ou em regulações setoriais.

Como exposto, as inovações trazidas pela legislação do SNCTI deixam clara a estratégia do modelo brasileiro em fomentar as parcerias entre as instituições de pesquisa, especialmente as públicas, com as empresas para gerar inovação. Entre essas principais estratégias, podemos elencar as parcerias entre ICTs e empresas, o estímulo aos pesquisadores públicos e inventores independentes e a autonomia gerencial às ICTs Públicas por meio de processos simplificados de compras e da contratação de Fundações de Apoio.

### ***Oportunidades aos atores do SNCTI***

Desta forma, a nova conformação do SNCTI proporciona aos atores do SNCTI diversas oportunidades de realização de parcerias e de desenvolvimento de atividades de pesquisa que possam gerar retorno econômico às instituições e seus pesquisadores. Em especial, as universidades públicas são as principais

beneficiadas pelo novo SNCTI. Sem embargo, no Brasil o investimento em pesquisa básica, principalmente, concentra-se nas universidades públicas, que em conjunto consistem no principal agente de pesquisa no Brasil.

Diversas inovações normativas tem como principal impactadas as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e outras ICTs públicas. Por exemplo, um dos benefícios é o incremento das possibilidade de acordos com suas fundações de apoio - FAPs para gerenciamento dos projetos de pesquisa. Outro predicado da legislação é possibilitar às ICTs e aos pesquisadores transpor, remanejar ou transferir recursos de categoria de programação para outra, mediante regras definidas em regulamento (artigo 12 da Lei nº 13.243).

A autonomia gerencial para o compartilhamento de laboratórios e mesmo de recursos humanos igualmente proporciona às ICTs maior flexibilidade na prospecção de parcerias e adaptação de projetos de pesquisa. Em conjunto com a previsão de uma prestação de contas simplificada e com foco nos resultados da pesquisa, esta autonomia proporcionará um maior dinamismo a estas instituições na celebração de seus instrumentos de parceria. Outrossim, a contratação de serviços facilitada por limites de dispensa de licitação mais amplos e instrução processual simplificada, inclusive na importação de bens e insumos para pesquisa (artigo 11 da Lei nº 13.243), proporcionará a possibilidade do direcionamento das horas de trabalho da atividade de instrução processual em outras atividades mais relevantes às ICTs públicas.

Esse dinamismo na prospecção de parcerias e seleção de projetos de pesquisa com maior potencialidade de inovação também pode ser constatado na valorização dos Núcleos de Inovação Tecnológica - NITs, que passam a desempenhar competências legalmente previstas para estas estruturas. Neste sentido, além da possibilidade de possuírem personalidade jurídica distinta da ICT, proporcionando aos NITs a utilização de um regime de direito privado mais dinâmico, a esses núcleos também foi possibilitada a qualificação como fundações de apoio, podendo assim utilizar-se dos benefícios previstos na Lei nº 8.958/1994.

Neste sentido, a nova legislação também consolida as FAPs entre os principais agentes de inovação vez que tradicionalmente são as responsáveis pelo gerenciamento administrativo dos projetos de pesquisa destas instituições públicas. Se outrora a contratação ou a parceria entre estas instituições mostrava-se

juridicamente insegura em razão de uma regulamentação mais detalhada a respeito da forma de utilização dos recursos repassados pelas ICTs às fundações de apoio, a nova normatização afasta estas dúvidas e a insegurança contratual dela decorrente.

A possibilidade desses acordos preverem a destinação de até quinze por cento dos recursos financeiros da execução do projeto para cobertura de despesas operacionais traz ainda segurança jurídica a um dos fatores mais questionados pelos órgãos de controle nessas parcerias (artigo 74 do Decreto nº 9.283/2018 e artigo 10 da Lei nº 8.958/1994).

Também foi prevista a possibilidade do repasse de recursos destinados à execução dos projetos de pesquisa das ICTs públicas diretamente às FAPs sem a obrigatoriedade do trânsito pela conta pública daquelas ICTs (art. 18, p.u. da Lei nº 10.973/2004 e artigo 1º §7º da Lei nº 8.958/1994). A possibilidade de remuneração dos dirigentes máximos das FAPs, servidor estatutário ou não, mostra-se igualmente um instrumento de valorização à profissionalização da gestão destas entidades relevantes ao desenvolvimento científico nacional (Lei 12.772 art. 20-A).

Por sua vez, as empresas empreendedoras de pesquisa e inovação também se encontram entre as principais beneficiadas pela conformação do SNCTI. Com efeito, a estas entidades privadas foi permitido o uso e da infraestrutura física e de recursos humanos das ICTs públicas, quando vinculados a uma atividade conjunta de pesquisa. Outrossim, em relação ao direito sobre a propriedade intelectual ou da transferência de tecnologia foi permitida maior flexibilidade de negociação com as instituições públicas a respeito desses ativos. A concessão de recursos financeiros e a possibilidade da dispensa de licitação para contratação de empresa inovadora também são valiosos instrumentos de estímulo à inovação na iniciativa privada.

Ainda no âmbito da iniciativa privada, ao inventor independente foi propiciada a possibilidade de solicitação de que sua criação seja adotada pela ICT pública para desenvolvimento, inclusive podendo obter apoio da ICT pública para desenvolvimento de produtos e a constituição de empresa inovadora.

Aos pesquisadores públicos, foram igualmente previstas diversas possibilidades de recebimento de estímulos financeiros seja por intermédio de bolsas de pesquisa e inovação das próprias ICTs ou de suas FAPs ou pela participação nos ganhos econômicos de sua invenção. A flexibilização do regime jurídico funcional desses servidores também abre um leque de possibilidades de



atuação diferenciada destes no campo da inovação. Assim, poderão estes pesquisados serem cedidos para outras ICTs ou mesmo para empresas para o desempenho das atividades conjuntas de pesquisa, podendo exercer atividade remunerada de pesquisa, desenvolvimento e inovação em ICT ou em empresa e participar da execução de projeto aprovado ou custeado com recursos previstos na Lei nº 10.973/2004. Poderá, ainda, solicitar licença sem remuneração para constituir empresa para desenvolver atividade empresarial de inovação.

Ante o exposto, com a edição do Decreto nº 9.283/2018, efetivamente operacionaliza-se a estrutura básica normativa do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, proporcionando-se às ICTs públicas maior autonomia gerencial nas atividades relacionadas à pesquisa e inovação, fomentando-se uma maior articulação destas com a iniciativa privada com o escopo da geração de inovação no ambiente produtivo. Espera-se que com a nova legislação, à semelhança do ocorrido nos Estados Unidos da América com o *Bayh-Dole Act* de 1980, ocorra uma maior integração entre os setores públicos e privados para a constituição de ambientes favoráveis à inovação e, por conseguinte, o desenvolvimento nacional no campo científico e econômico.

### **Referências Bibliográficas**

ALMEIDA, Thomas Augusto Ferreira de. Fundações de Apoio - Regime Jurídico - Autonomia Universitária . 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2013.

CNPQ. Notícia: Marco Legal de CT&I é tema de encontro. Coordenação de Comunicação Social do CNPq, Terça, 13 de março de 2018. Acesso em 20/03/2018. Disponível em:

[http://cnpq.br/web/guest/noticiasviews/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_a6MO/10157/6066877](http://cnpq.br/web/guest/noticiasviews/-/journal_content/56_INSTANCE_a6MO/10157/6066877)

CRUZ, Hélio Nogueira da e SOUZA, Ricardo Fasti de. Sistema Nacional de Inovação e a Lei da Inovação: análise comparativa entre o Bayh-Dole Act e a Lei da Inovação Tecnológica. Revista de Administração e Inovação , São Paulo , v . 11 , n .4, p .329-354, out ./dez. 2014

MAZZUCATO, Mariana. O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado (Locais do Kindle 2311). Portfolio-Penguin. Edição do Kindle.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU. NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC - PROCESSO Nº 00190.106218/2017-33. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf> acesso em 20/03/2018.

**NEW YORK TIMES. Apple Is the Most Valuable Public Company Ever.**

**But How Much of a Record Is That? By Jeff Sommer and Karl Russel. New**

**York Times. Dec. 21, 2017. Acesso em 20/03/2018: Disponível em:**

<https://www.nytimes.com/interactive/2017/12/05/your-money/apple-market-share.html>

PEREIRA, Wellington. O debate sobre o uso de recursos federais em atividades de pesquisa em instituições públicas a partir do Bayh-Dole Act. Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais, v.1, n.1, Jun-Ago/2016

**REVISTA ÉPOCA. Valor de mercado da Apple supera todas as empresas do Ibovespa Após bons resultados no balanço, dona do iPhone chegou a cotação de mercado de US\$ 826,49 bilhões, superando companhias de índice da bolsa brasileira 03.08.2017 |Por [Estadão Conteúdo](#). Acesso em 20/03/2018.**

**Disponível em:**

<https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/08/valor-de-mercado-da-apple-supera-todas-empresas-do-ibovespa.html>

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590582>

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Acórdão 2731/2008 - Plenário. 017.177/2008-2. Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) Ata?50/2008; Sessão 26/11/2008, Dou 01/12/2008 Ministro Relator AROLDO CEDRAZ

**NOTAS:**

[1] Mazzucato, Mariana. O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado (Locais do Kindle 2311). Portfolio-Penguin. Edição do Kindle.

[2] **Apple Is the Most Valuable Public Company Ever. But How Much of a Record Is That? By Jeff Sommer and Karl Russel. New York Times. Dec. 21, 2017. Acesso em 20/03/2018: Disponível em:**

**<https://www.nytimes.com/interactive/2017/12/05/your-money/apple-market-share.html>**

[3] **Valor de mercado da apple supera todas as empresas do ibovespa Após bons resultados no balanço, dona do iPhone chegou a cotação de mercado de US\$ 826,49 bilhões, superando companhias de índice da bolsa brasileira 03.08.2017 | Por [Estadão Conteúdo](#). Acesso em 20/03/2018. Disponível em:**

**<https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/08/valor-de-mercado-da-apple-supera-todas-empresas-do-ibovespa.html>**

[4] Mazzucato, Mariana. O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado (Locais do Kindle 400). Portfolio-Penguin. Edição do Kindle.

[5] Neste sentido, expõe Mariana Mazzucatto: “Durante o período que antecedeu o lançamento de seus produtos mais populares da plataforma ios, a Apple recebeu enorme apoio direto e/ou indireto do governo proveniente de três áreas principais: 1. Investimento direto de capital nos estágios iniciais de criação e crescimento. 2. Acesso a tecnologias resultantes de programas de pesquisa governamentais, iniciativas militares e contratos públicos, ou desenvolvidas por instituições de pesquisa públicas, todas financiadas com recursos federais ou estaduais. 3. Criação de políticas fiscais, comerciais ou de tecnologia que apoiavam empresas americanas como a Apple, permitindo que elas mantivesse seus esforços voltados para a inovação em períodos nos quais os desafios nacionais e/ou mundiais impediam que as empresas norte-americanas continuassem à frente, ou faziam com que ficasse atrás na corrida pelos mercados mundiais”. Mazzucato, Mariana. O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado (Locais do Kindle 2365-2377). Portfolio-Penguin. Edição do Kindle.

[6] Explica Wellington Pereira: “Em 1980, o governo dos EUA possuía a titularidade de 28.000 patentes e menos de 5% delas foram licenciadas para agentes

privados (COGR, 1999). Assim, ninguém podia explorar sua pesquisa sem uma longa negociação com o governo. (...) Foi nesse contexto que se gestaram as discussões que produziram o *Bayh-Dole Act*. Assim, em 01 de julho de 1980 foi aprovado o “*The Patent and Trademark Law Amendments Act*”, ou, como ficou mais conhecido, *Bayh-Dole Act*. Esse nome foi dado em homenagem aos dois senadores (*Birch Bayh* e *Bob Dole*) que propuseram o Decreto. Entre seus principais efeitos, o *Bayh-Dole Act* repassou do Estado para os laboratórios e as universidades americanas (e outros órgãos sem fins lucrativos), a propriedade (titularidade) e controle (tal como dos possíveis retornos financeiros) sobre a propriedade intelectual das invenções desenvolvidas no âmbito de seus projetos de pesquisa, com apoio de fundos públicos e, indiretamente, favoreceu a mudança no ethos acadêmico face às possibilidades abertas pela autonomia na gestão e na geração de recursos financeiros adicionais.” Neste sentido, PEREIRA, Wellington. O debate sobre o uso de recursos federais em atividades de pesquisa em instituições públicas a partir do Bayh-Dole Act. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v.1, n.1, Jun-Ago/2016, pp.3-23.

[7] PEREIRA, Wellington. O debate sobre o uso de recursos federais em atividades de pesquisa em instituições públicas a partir do Bayh-Dole Act. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v.1, n.1, Jun-Ago/2016, pp.3-23.

[8] Prevê o texto constitucional nestes sentido: "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (...) § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo".

[9] Notícia: Marco Legal de CT&I é tema de encontro. Coordenação de Comunicação Social do CNPq, Terça, 13 de março de 2018. Acesso em 20/03/2018. Disponível em:

[http://cnpq.br/web/guest/noticiasviews/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_a6MO/10157/6066877](http://cnpq.br/web/guest/noticiasviews/-/journal_content/56_INSTANCE_a6MO/10157/6066877)

[10] Neste sentido: CRUZ, Hélio Nogueira da e SOUZA, Ricardo Fasti de. Sistema Nacional de Inovação e a Lei da Inovação: análise comparativa entre o Bayh-Dole Act e a Lei da Inovação Tecnológica. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 329-354, out./dez. 2014

[11] A respeito da história do relacionamento das IFES e suas fundações de apoio sugerimos a leitura do nosso trabalho: ALMEIDA, Thomas Augusto Ferreira de. *Fundações de Apoio - Regime Jurídico - Autonomia Universitária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2013.

[12] Neste sentido, sugerimos a leitura do acórdão 2731/2008, do Plenário do TCU, resultante de uma Fiscalização de Orientação Concentrada do relacionamento das IFES com suas fundações de apoio.

[13] NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC - PROCESSO Nº 00190.106218/2017-33. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf> acesso em 20/03/2018.

## **A SUSTENTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS DIGITAIS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DE VIDA**

**ALMIRA LUIZA BORBA CORRÊA:**

Graduada em Letras, com pós-graduação lato sensu em Docência no Ensino Superior, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - Uniasselvi. Acadêmica do nono período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora de Produção de Textos do Ensino Médio, na rede particular de ensino do município de Camboriú/SC.

**RESUMO:** Este artigo objetiva fazer uma análise dos impactos sustentáveis da tecnologia aplicada ao judiciário brasileiro. No primeiro tópico abordam-se aspectos da vida moderna que determinam a relação do ser humano com a noção da passagem do tempo, que a cada dia parece mais acelerada, bem como suas implicações na prestação jurisdicional do Estado brasileiro e nas expectativas do cidadão destinatário deste serviço. Em seguida, sem pretensão de esgotar o tema, deveras amplo e contemporâneo, observam-se as benesses dos procedimentos informatizados no judiciário –notadamente no contexto brasileiro – seus impactos no desenvolvimento sustentável do planeta e, por conseguinte, na qualidade de vida. Nesse ponto, faz-se uma breve comparação dos procedimentos outrora manuais com os digitais da atualidade, tendo em conta que estes, apesar de ainda apresentarem muitas falhas, representam o futuro do judiciário em todo o mundo. Para a construção deste artigo científico foi utilizada a base lógica do método indutivo. O relatório encerra-se com as considerações finais, que trazem conclusões e resultados obtidos com a pesquisa, de forma a instigar o leitor à reflexão sobre os assuntos abordados.

**Palavras-chave:** Processo eletrônico. Sustentabilidade. Judiciário.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A DINÂMICA DA MODERNIDADE E O TEMPO DO PROCESSO. 3. O USO DAS TECNOLOGIAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. 4. A SUSTENTABILIDADE DIGITAL EM PROL DA QUALIDADE DE VIDA. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

---

### **I. INTRODUÇÃO**

As profundas mudanças sociais das últimas décadas – decorrentes do que Grau[1] define como “uma *nova revolução industrial*, a revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações” – têm repercussões em todos os segmentos da sociedade e geram diversos questionamentos.

A era da “informação imediata” transformou os processos produtivos e econômicos mundiais em um grande *fast-food*[2], criando uma geração que espera do judiciário a rapidez da internet. A sociedade imediatista ambiciona que os procedimentos judiciais sejam concluídos numa velocidade incompatível com a burocracia, inerente ao funcionamento estatal e exacerbadamente enraizada no Estado brasileiro.

Nesse contexto, o processo judicial eletrônico, PJe, “lançado oficialmente em 21 de junho de 2011, pelo então presidente do CNJ, Cezar Peluso”[3], é utilizado em todos os processos do órgão desde 2014 e foi gradativamente inserido nos tribunais estaduais e federais de todo o país. O intuito dessa informatização é criar um mecanismo que traga maior agilidade aos trâmites processuais, atendendo aos anseios da comunidade civil e jurídica e viabilizando a concretização de princípios fundamentais como a eficiência e a razoável duração do processo. Este, institucionalizado pela EC 45/2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB/88, devidamente reforçado na nova sistemática processual. Justifica-se, portanto, a pesquisa, para avaliar os efeitos desse processo e demais mecanismos digitais no poder judiciário, a fim de entender se impactam de algum modo o próprio sistema e refletem positiva ou negativamente no meio ambiente e na qualidade de vida daqueles que operacionalizam tal sistema.

O objetivo deste estudo é analisar os avanços dos procedimentos informatizados e como têm contribuído ou se mostrado eficientes na rotina forense, na melhoria da prestação jurisdicional, nos impactos ambientais, na qualidade de vida dos servidores e, por consequência, de toda a sociedade. Para tanto, pretende-se relacionar a esses procedimentos os aspectos sociais e comportamentais da era da informática, dita sociedade da informação. Serão apresentados resultados estatísticos da nova dinâmica processual e suas implicações para o desenvolvimento sustentável, tendo em vista que essa temática perpassa todas as áreas do conhecimento.

Das ferramentas tecnológicas à disposição do judiciário, destaca-se também o viés sustentável do teletrabalho e o monitoramento de ações locais e regionais que têm apresentado bons resultados, servindo de paradigma para o desenvolvimento de novos projetos e aperfeiçoamento de *softwares* que visam trazer maior eficiência ao funcionamento estatal e economia de recursos naturais e materiais.

Não se desconhece, todavia, a variável dos reflexos negativos de tal sistematização, como as falhas e travamentos de sistema. Porém, nos limites deste estudo, serão colacionados com maior ênfase os resultados promissores, haja vista se considerar perfeitamente viável a correção e aperfeiçoamento dos sistemas de informação para se garantir um nível de eficiência superior ao do trabalho manual outrora predominante, razão pela qual foram idealizados.

## **2. A DINÂMICA DA MODERNIDADE E O TEMPO DO PROCESSO**

Em sua clássica obra “Modernidade líquida”, Bauman[4] ressalta que a “sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX, [...] de um modo diferente” permanece “tão moderna como era mais ou menos há um século”, caracterizada pelos mesmos aspectos que diferenciam “a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano”, ou seja, pela “compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta *modernização*”. Ser moderno, para o autor, “significa estar sempre à frente de si mesmo, num estado de constante transgressão [...] também significa ter uma identidade que só pode existir como projeto não-realizado.”

O moderno da atualidade está intrinsecamente ligado às inovações tecnológicas que, consoante Virilio[5], criaram um tempo real, desvinculado do tempo histórico. Para esse autor, “nosso mundo tornou-se o da presença virtual, da telepresença”, o que Ost[6] chama de “o tempo ultracurto, o instante de razão da conexão eletrônica”.

Lopes Júnior, ao abordar a dinâmica acelerada da sociedade moderna, fala da velocidade da informação “passada em tempo real, via Internet, sepultando o espaço temporal entre o fato e a notícia”. Esta nova realidade criou uma sociedade ávida por respostas imediatas; tudo passou a ser “urgente”. Mas a urgência no Direito é uma via de mão dupla, “pois ao mesmo tempo em que



impede a plena juridicidade (e jurisdicionalidade), ela impede a realização de qualquer reforma séria”. E arremata:

Surge assim um **novo risco**: o risco endógeno ao sistema jurídico em decorrência da aceleração e da (banalização) da urgência. Essa é uma nova insegurança jurídica que deve ser combatida, pois perfeitamente contornável. Não há como abolir completamente a legislação de urgência, mas tampouco pode-se admitir a generalização desmedida da técnica.<sup>[7]</sup>

Nesse pensar, Lévy<sup>[8]</sup> alerta para o fato de que a “civilização do tempo real gera um estado de inadequação do pensamento salutar e permanente, visto que o mundo aí se revela constantemente mais empenhado no futuro do que o podemos imaginar.”<sup>[9]</sup>

A par disso, relevantes são as ponderações de Ost<sup>[10]</sup> quando diz que “se apenas se necessita que uma sociedade, que não é uma caserna, ‘marche no mesmo passo’, é essencial, em contrapartida, que seja assegurada uma certa coordenação de seus ritmos temporais.” Finaliza sua ideia explicando que:

É neste contexto de destemporalização, sempre ameaçador, que a questão da instituição jurídica de um tempo social portador de sentido assume toda sua acuidade. [...] é preciso fazer valer o tempo desligado da mudança, mas, contra a irreversibilidade mortífera da mudança física, é preciso tentar a ligação cultural entre o passado e o futuro, a fecundação reflexiva do projeto pela experiência e pela revitalização do dado pelo possível. [...] é preciso abrir as brechas da iniciativa e da alternativa, mas, ao encontro das temporalidades abertas de sociedades hiperindividualistas, é preciso imaginar mecanismos de concordância dos tempos.

Em âmbito jurídico, sabe-se “que a *velocidade da notícia* e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da *velocidade do processo*” e, por essa razão, “existe um **tempo do direito** que está completamente desvinculado do tempo da sociedade”, devendo-se

reconhecer que o “Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz.”<sup>[11]</sup>

Esse estado de urgência permanente, que rege a vida social na contemporaneidade, traz inovações tecnológicas diárias em todos os segmentos. Especificamente sobre o uso das tecnologias na área jurídica, Almeida Filho<sup>[12]</sup>adverte:

A ideia de termos processo digital é extremamente salutar. Contudo, não podemos permitir que este Processo Eletrônico encontre modificações a ponto de termos sentenças cartesianas, emitidas por um computador.

Outro resultado possível desta aceleração desmedida seria, para Lopes Júnior<sup>[13]</sup>, a resolução dos problemas sem “a devida maturação e profundidade”, com soluções não duráveis.

Por seu turno, Ost<sup>[14]</sup> complementa:

Um segundo efeito da generalização do Estado de urgência é a desqualificação que ele acarreta da expectativa, da duração e das transições. Ao prometer o ‘imediate, imediatamente’, a urgência nutre uma cultura da impaciência que transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição por um bloqueio institucional, criticável.

Pondera Arruda<sup>[15]</sup> que “não se deve reduzir a análise do tempo de duração do processo a uma perspectiva claramente funcionalista, centrada unicamente em preocupações de eficiência processual”. Muito além do “caráter instrumental, o direito ao processo em tempo razoável é demasiadamente importante para se ver reduzido à estatística ou à proceduralização maquinal com prejuízo de outras garantias processuais.”

No mesmo rumo, Lopes Júnior<sup>[16]</sup> acrescenta que o tempo do processo deve ser suficiente “para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga”. Assim sendo, “a aceleração deve vir através da inserção de tecnologia

na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais.”

Com esteio nessas ponderações, não parece razoável que a mecanização faça as vezes do raciocínio humano para o processamento das decisões judiciais. Os sentimentos e as emoções que se colhem das instruções probatórias ainda são parte do que se expõe, com o uso da devida hermenêutica crítica. Como disse Leal[17], “a falta de assinatura ou de escrita de próprio punho esvazia a força probante de um documento particular, mormente se o suposto autor negar a sua autoria.”

Todavia, a era porvir, de constantes inovações, já permite um avanço na produção do conhecimento, pois “no mundo do direito, mais do que em qualquer outro, não há limite para a criatividade e para a reinvenção”[18]. A exemplo disso, tem-se o projeto piloto “robô-advogado” operando em um escritório de advocacia nos Estados Unidos como um grande banco de dados de consulta instantânea, “ao qual os advogados podem fazer perguntas em linguagem natural, como fariam a outros advogados do escritório”[19].

Retornando aos ensinamentos de Ost[20], deve-se ter mente que o tempo acelerado radicalmente:

É remetido do longo prazo ao curto prazo e, deste, ao imediato. Ele se enuncia, daí em diante em ‘tempo real’, ou seja, sobre o eixo da simultaneidade absoluta, sem distância e sem exterioridade (ao ‘mesmo’ tempo). Nele, todos os tempos se misturam, as sucessões se confundem e as continuidades tornam-se aleatórias: entramos na era do efêmero eterno.

Nesse sentido, o processo eletrônico, para Silva[21], tem “poderes sobrenaturais de ubiquidade, a ponto de poder estar, simultaneamente, em vários lugares ao mesmo tempo”, como uma divindade. E “se divindade o é, pode tudo, menos agir de forma incoerente ou se eximir de servir de exemplo!” Como disse Limberger[22], a informática deve atuar “a serviço do homem, e não como restritiva dos direitos fundamentais.”

Nessa esteira, Arruda[23] obtempera que as mudanças tecnológicas e sociais exigem “um tempo decisório mais ágil ou uma intervenção judicial mais célere – ainda que não ponha termo definitivamente ao litígio – sob pena de potencializar os prejuízos inerentes ao prolongamento da incerteza.”

Como bem ressalta Silva[24], não há no processo eletrônico nada “que autorize o magistrado a impor determinada prática procedimental violadora do devido processo legal, mitigando ou desprezando a aplicação de princípios tão caros ao ordenamento jurídico” como o da “ampla defesa, o do contraditório, o da publicidade e o do amplo acesso à justiça.”

As defasagens estruturais do judiciário brasileiro são notórias e severas as suas consequências para o cidadão e para o Estado. Com base nas contribuições dos autores supracitados, pode-se inferir que a prestação jurisdicional estatal não pode mais ficar alheia à velocidade da vida moderna. É preciso, no entanto, que exista uma adequação entre o tempo do processo e o tempo real, de forma que ambos coexistam, sem que a celeridade e a razoável duração do processo sejam confundidas com o estado de urgência permanente da sociedade moderna, tampouco que os procedimentos fiquem todos à mercê da morosidade crônica, sob o argumento de que a burocracia é incompatível com a eficiência.

Tendo em mente que “a resposta do Poder Judiciário para prestar um serviço célere e eficaz a uma sociedade cada vez mais ciente de seus direitos passa necessariamente pelos avanços do mundo digital”[25], passa-se à análise das tecnologias aplicadas aos procedimentos judiciais para examinar suas benesses e, por fim, quantificar os resultados que podem ser mensurados estatisticamente.

### **3. O USO DAS TECNOLOGIAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

A nova revolução industrial de Eros Grau, caracterizada pelas inovações tecnológicas cada dia mais indispensáveis à vida moderna, é definida por Lopez[26] como a “sociedade do conhecimento”.

A produção de conhecimento tecnológico-científico tem trazido agilidade a todas as esferas do setor produtivo e econômico ao redor do mundo. No judiciário brasileiro, a ferramenta digital de maior alcance é, certamente, o processo judicial eletrônico (PJe), instituído em 21 de junho de 2011[27] e gradativamente inserido nos tribunais de todo o país, com meta para adesão total até 2018[28].

Não se pode deixar de mencionar que tal adaptação foi motivada pela comunhão de interesses de diversos países americanos que, reunidos com propostas de revolução tecnológica judicial, editaram a Carta de Heredia[29], com “o fulcro de servir como modelo a ser adotado pelos tribunais e instituições responsáveis pela difusão de jurisprudência de todos os países da América Latina”, já no ano de 2003.

Paiva[30] comenta que as regras estabelecidas na carta correlacionam-se com as garantias constitucionais, já que para a “evolução das relações estabelecidas pela informática e sistema judicial” aquele debate e a utilização daquelas regras serviram ao aprimoramento da justiça.

Dessa evolução, em outubro de 2017, o CNJ[31] informou que os “processos recebidos na Justiça do Trabalho já são 100% eletrônicos”. Na mesma ocasião, o órgão ressalta que “no Brasil, existem cerca de 15,7 milhões de processos tramitando de forma eletrônica no PJe. Destes, 75% pertencem a Justiça do Trabalho” e o viés sustentável merece destaque:

Só em papel a economia representa, nacionalmente, **mais de R\$ 10 milhões por ano**, fora a diminuição de impressões, cartuchos de tintas e grampos. A economia em gastos com gasolina e veículos também é grande, já que antes o transporte dos processos era feito de forma física. [grifo nosso]

Apesar dos dados promissores, o PJe, eficiente para otimizar os procedimentos outrora manuais como juntada de petições, baixa e contagem de prazos, foi bastante criticado pela comunidade advocatícia por “constantes problemas de ordem técnica”[32], como sinalizou a Diretora de Inclusão Digital e Presidente da Comissão de Direito e TI da OAB/RJ, também membro da Comissão Especial de Direito e TI da OAB Federal.

Nesse quesito, o “eproc”, sistema de processos eletrônicos da justiça federal da 4ª região, deu mostras de eficiência e foi referência nacional para atualização dos demais sistemas informatizados, numa ação definida como interoperabilidade[33]. O referido TRF também assinou um termo de cooperação técnica com o TST a fim de ceder os “direitos de uso de softwares desenvolvidos ou adaptados pelo tribunal”[34]:

O termo assinado com o TST contempla a implantação da versão 2.0 do PJe, apresentada pelo CNJ em maio, com objetivo de tornar o sistema mais simples de operar, permitindo acesso mais rápido aos processos eletrônicos.

Com o mesmo desiderato, o CNJ, buscando soluções para as falhas técnicas, desenvolveu, em 2016, a versão Beta de um navegador de internet pré-configurado para o *software*[35], haja vista que a maior parte dos erros de sistema é gerada pela incompatibilidade com navegadores.

Em 2017, “um grupo de especialistas e representantes de diversos tribunais e instituições do sistema de Justiça debateram” na busca de “soluções para minimizar os efeitos das instabilidades ocasionais do Processo Judicial Eletrônico (PJe), que viabiliza o andamento de cerca de 8,5 milhões de processos pela internet.”[36]

Outra inovação do órgão são os escritórios digitais[37], lançados em junho de 2015 e que facilitam o trabalho de procuradores, defensores públicos e advogados, integrando os sistemas processuais num só ambiente virtual, de forma que os operadores possam “gerir e consultar todas as causas em que atuam, centralizando em um único endereço eletrônico a tramitação dos processos de seu interesse”, ainda que estejam em juízos diversos:

Com a plataforma, o usuário não precisa entrar no sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) ou nos outros sistemas de controle processual dos diversos tribunais. O Escritório Digital funciona como um mensageiro, usando o Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI) [...] para buscar novas intimações ou comunicações nos processos dentro dos tribunais conectados.

No que diz respeito aos advogados, o sistema *Push*[38], adotado nas esferas estaduais, federais e superiores, os permite “receber, por e-mail, informações sobre andamento de processos, informativos de jurisprudência”, entre outras informações.

Como se vê, o uso da rede mundial de computadores tem contribuído muito para a operacionalização de tarefas rotineiras. Nesse norte, o novo Código de Processo Civil[39] trouxe, em seu artigo 334, § 6º, a previsão de que “a audiência

de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. Trouxe também uma seção que trata “da prática eletrônica de atos processuais”, que vai do artigo 193 ao 199, além de outros dispositivos que preconizam o uso de correio eletrônico para citação e até comunicação com o magistrado, contudo estes institutos ainda precisam ser regulamentados e inseridos na prática forense.

Muitas iniciativas regionais têm surgido em todo o país com o uso da internet em audiências, videoconferências e conciliações *on-line*, porém não seria possível citar todas dentro dos limites deste estudo. Por derradeiro, Oliveira<sup>[40]</sup> aponta o diário da justiça eletrônico como “outro avanço tecnológico, trazendo vários benefícios, inclusive econômicos” e sustentáveis, na medida em que passou a evitar desperdício de papel.

O uso de papel pelo poder judiciário tem estatísticas estratosféricas, com medição em toneladas<sup>[41]</sup>, portanto sua economia traz diversas implicações. A redução de processos físicos gera menor demanda por força de trabalho nas cargas diárias com remessas de processos entre cartórios e gabinetes, evita a proliferação de ácaros, fungos e bactérias responsáveis por diversas alergias e problemas de saúde pública de toda ordem, o que melhora a qualidade de vida como um todo.

Sabe-se que muitos processos ficam durante décadas tramitando no judiciário. A este respeito, “o oftalmologista Haley Spínola diz que os fungos de livros e documentos antigos são mais agressivos para os olhos do que muitas bactérias”<sup>[42]</sup>. Além disso, menor quantidade de papel utiliza espaço físico reduzido, o que gera também menor custo com imóveis funcionais para arquivo morto e pessoal terceirizado para limpeza e conservação destes ambientes.

Como se vê, a vertente da sustentabilidade adentra grande parte das conquistas tecnológicas, pois as ferramentas que imprimem maior eficiência aos atos processuais, por consequência, evitam desperdícios e contribuem para a preservação dos recursos naturais e, maiormente, para toda a coletividade. Sob esse enfoque, adentra-se na análise dos aspectos sustentáveis das medidas tecnológicas de maior repercussão nacional.

#### **4. A SUSTENTABILIDADE DIGITAL EM PROL DA QUALIDADE DE VIDA**

Leciona Ferrer<sup>[43]</sup> que a sustentabilidade se relaciona com os objetivos do milênio, que são um guia de ações da humanidade para assegurar condições que tornem possível a vida no planeta. Em suas palavras, “la sostenibilidad nos dice que no basta con asegurar la subsistencia, sino que la condición humana exige asegurar unas las condiciones dignas de vida.”

Dos ensinamentos deste estudioso<sup>[44]</sup>, deduz-se que a sustentabilidade está tão intimamente ligada à qualidade de vida, que seria impensável conceber esta sem aquela. Em artigo sobre a sustentabilidade e a qualidade de vida, diz o autor que esta é inviável com o “meio ambiente degradado, com um ar irrespirável, com rios fedendo, com nossos campos e as montanhas devastados e com os animais selvagens extintos”.

No mesmo norte, a declaração de Estocolmo<sup>[45]</sup>, no início da década de 70 já preconizava a importância de ser harmonizar o desenvolvimento científico e tecnológico à qualidade de vida:

Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

Com o mesmo objetivo, no final da década de 80 a ONU trouxe aprimorada lição que reforça a necessidade de se equilibrar a evolução com a preservação:

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.<sup>[46]</sup>



A atividade judiciária não pode ser diferente. Como disse Silva[47], ela deve “ser desenvolvida com vistas à sustentabilidade, além naturalmente do fim peculiar buscado em cada procedimento”.

O uso da informática contribuiu muito para a otimização dos procedimentos judiciais, como se viu no tópico supra. Resta observar, então, a sustentabilidade do PJe nos locais em que este levantamento já foi realizado, a exemplo do Distrito Federal, onde “o consumo de materiais relacionados ao processo físico foi reduzido em 61% [e] a economia foi de R\$ 8,2 mil”[48].

Ressaltam Guasque e Freitas[49]:

A primeira grande alteração que o processo eletrônico traz na roupagem do processo tradicional é a eliminação por completo do volumoso saldo negativo de papéis que em nada contribuem para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. O uso racional e inteligente da tecnologia sintonizada com a importante temática da preservação ambiental é um dever que se impõe a todos, e, portanto, a inexistência do papel como suporte dos autos traz inúmeras vantagens que refletem na prestação jurisdicional, tornando-a mais célere e eficaz

No TRT do Ceará, “a economia de papel é de aproximadamente 25%. Em 2014, ano da chegada do novo sistema a todas as unidades judiciárias, magistrados e servidores gastaram 8.496 resmas de 500 folhas de papel A4. No ano anterior, o consumo foi de 11.433 resmas.”[50]

De acordo com informações da Softplan[51], no estado de São Paulo o diário eletrônico é responsável pela economia de 17 toneladas de papel **por dia!** Sobre o PJe, a referida empresa estima que a cada 172 processos digitais, uma árvore é poupada.

Atento a esta vertente sustentável do PJe, Jacobsen[52] assevera que “o processo eletrônico deve ser analisado em uma dupla perspectiva: da sustentabilidade e, também, da ampliação ou facilitação do acesso à justiça”, pois dispensa “por completo o uso do papel, proporcionando maior agilidade, segurança e economia na prestação jurisdicional”.

Nesse viés, em março de 2015 o CNJ criou a resolução n. 201[53] que “dispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ)”. A resolução determina que “o uso sustentável de recursos naturais e bens públicos deverá ter como objetivos o combate ao desperdício e o consumo consciente de materiais”, destacando “a gestão sustentável de documentos como a implementação de processo judicial eletrônico e a informatização dos processos e procedimentos administrativos”.

Em janeiro de 2018, o CNJ divulgou os primeiros dados do PLS-Jud[54], sistema eletrônico elaborado em 2016 para abrigar os indicadores dos planos de logística sustentável. Seguem:

A quantidade de papel do TJPA reciclado em 2016 foi de 20 toneladas, 27% a mais que o volume reciclado em 2015. O segundo melhor índice de reciclagem na Justiça é o de plásticos. De acordo com o 1º Balanço Socioambiental do Poder Judiciário, os tribunais encaminharam à reciclagem 45,5% dos polímeros plásticos que produziram. Em seguida, vem o percentual de reciclagem de metais, 33%, e o de vidros, 24,1%. [55]

O referido órgão assevera que o a separação de materiais é feita por apenas 29,5% dos tribunais brasileiros e quando atingir 100%, os dados da reciclagem serão ainda mais significativos.

Sob a mesma égide, a aprovação da resolução 227/2016[56], que “regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário”, regularizou a situação de diversos servidores que já desenvolviam seu trabalho remotamente e ampliou tais possibilidades. Com a resolução, o CNJ objetiva “reduzir tempo e custo de deslocamento até o local de trabalho, contribuir para melhoria de programas socioambientais e promover a cultura voltada para resultados, com foco na eficiência e efetividade dos serviços prestados à sociedade.”

Alguns tribunais já adotam a medida muito antes da resolução e, por oportuno, o CNJ divulgou recentemente alguns resultados já mensurados:

O teletrabalho foi instituído pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) em 2013 com limite de 30% da

lotação efetiva de servidores por unidade. No entanto, devido aos bons resultados de produtividade dos servidores em regime de teletrabalho, em 2015 o limite foi ampliado para 40%, pela Resolução n.53/2015 do tribunal, podendo ser superior ao percentual quando apresentado plano de gestão e demonstração, por escrito, de que a medida não comprometerá o adequado funcionamento da unidade.[57]

Como se vê, o teletrabalho já é uma realidade e o CNJ sinalizou para sua ampliação nos próximos anos. Inicialmente, serão abertas vagas para os portadores de deficiência, prioritariamente os que têm reduzida capacidade de locomoção e servidores que tenham registrado em seu assento funcional dependentes com deficiência. Também pode haver “servidores que queiram trabalhar apenas alguns dias remotamente e outros dias na unidade, presencialmente”[58].

É notório que essa prática não reduzirá apenas a queima de combustíveis fósseis utilizados por cada trabalhador individualmente para deslocamento casa-trabalho-casa. O servidor, que também não gastará tempo enfrentando horas no trânsito, trabalhará mais motivado. Essa iniciativa deve trazer significativa economia ao judiciário, no consumo de energia elétrica e de todos os insumos de uso contínuo, no entanto, seu maior legado será a melhoria da qualidade de vida, consequência maior do processo sustentável.

Por todo o exposto, pode-se afirmar, com amparo em Ferrer *et al*[59], que a sustentabilidade “engendra-se como novo paradigma indutor a redefinir as pautas axiológicas, [...] supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço.” Por conseguinte, “impõe o princípio da solidariedade entre as gerações, ‘obrigando’ as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras.”

## 5. CONCLUSÃO

Sendo o tempo uma constatação intuitiva presente em todos os momentos da vida social e individual, cujas medidas e padrões se modificam através dos séculos, a vida moderna encarregou-se de trazer a este instituto uma conotação de imediatismo constante.

Nesse contexto, o poder judiciário tem sido demandado a atuar e trazer soluções para os conflitos, cada dia mais complexos e mais numerosos, com a cobrança de proferir decisões cada vez mais céleres. Na contramão da expectativa dos cidadãos, a morosidade de toda a máquina estatal não permite ao judiciário a devida adequação à noção de tempo da era moderna. Para amenizar este descompasso, as inovações tecnológicas têm estado cada vez mais presentes e, gradativamente, tem trazido resultados promissores na agilidade dos processos judiciais.

Observou-se, com este breve estudo, que os avanços dos procedimentos informatizados têm contribuído para tornar mais eficiente e sustentável a rotina forense, com significativos impactos na qualidade de vida dos servidores e dos jurisdicionados, como coletividade. No entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para se atingir resultados satisfatórios, dados os entraves ainda persistentes no exercício da advocacia com o processo eletrônico e a grande quantidade de processos físicos tramitando em todas as esferas do judiciário, os quais demandam grande dispêndio de trabalho manual já superado pelos procedimentos digitais, como recebimento e envio de cargas entre cartório e gabinete.

Evidenciou-se, por fim, que as tecnologias aplicadas ao judiciário, em que pese ainda estarem em fase de adaptação e ajustes, influem na qualidade de vida e proporcionam o desenvolvimento sustentável, permitindo uma racionalização de meios e fins, haja vista o dever do Poder Estatal de servir ao interesse do homem, a fim de dar-lhe a dignidade, presteza e satisfação que buscou com o acesso à justiça.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BARRETO, Ana Amelia Menna. **Processo Judicial eletrônico – PJE, o que vem de bom por aí?** Disponível em: <https://cryptoid.com.br/destaques/processo-judicial-eletronico-pje-o-que-vem-de-bom-por-ai/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Balanco socioambiental aponta ganhos com coleta seletiva em tribunais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86024-balanco-socioambiental-aponta-ganhos-com-coleta-seletiva-em-tribunais>. Acesso em: 8 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ lança navegador pré-configurado para uso do PJe**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82626-cnj-lanca-navegador-pre-configurado-para-uso-do-pje>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conselho publicará glossário sobre indicadores socioambientais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82690-conselho-publicara-glossario-sobre-indicadores-socioambientais>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Consumo de papel cai 25% após instalação do processo eletrônico**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77534-consumo-de-papel-cai-25-apos-instalacao-do-processo-eletronico>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Eproc já está integrado com o PJe nos Juizados Especiais Federais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82318-eproc-ja-esta-integrado-com-o-pje-nos-juizados-especiais-federais>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Meios eletrônicos são aposta do CNJ para Judiciário mais eficiente**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81267-meios-eletronicos-sao-aposta-do-cnj-para-judiciario-mais-eficiente>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Navegador PJe tem média de 20 mil downloads ao dia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82760-navegador-pje-tem-media-de-20-mil-downloads-ao-dia>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Presidente do CNJ assina acordos de cooperação técnica com TST e TRF4.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82593-presidente-do-cnj-assina-acordos-de-cooperacao-tecnica-com-tst-e-trf4>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Eletrônico reduz em 61% consumo de materiais no DF.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77550-pje-reduz-em-61-consumo-de-materiais-em-tribunal-do-df>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe).** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 201, de 3 de março de 2015.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_201\\_03032015\\_09032015165941.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_201_03032015_09032015165941.pdf). Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 185, de 20 de dezembro de 2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61184-publicada-no-diario-da-justica-a-resolucao-do-pje>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 227, de 15 de junho de 2016.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3134>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Servidores em teletrabalho superam metas de produtividade nos tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-produtividade-nos-tribunais>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **TJSP adere ao Escritório Digital do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82534-tjsp-adere-ao-escritorio-digital-do-conselho-nacional-de-justica>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, Código de processo civil, de 16 de março de 2015. 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). Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/push/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FERRER, Gabriel Real *et al.* Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – eletrônica, v.9, n.4, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 23 abr. 2017.

FERRER, Gabriel Real. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. *In: PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.* Disponível em: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos>. Acesso em: 23 jul. 2017.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *In: Revista Novos Estudos Jurídicos.* Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 28 jul. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASQUE, Bárbara; FREITAS, Cintia O. de A. Política judiciária e processo eletrônico: eficácia socioeconômica. Direito e Justiça: **Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.1, p.55-68, EDIPUCRS, jan./jun. de 2013. v.39.

JACOBSEN, Gilson. **Juizados Especiais Federais:** quando só o direito não basta para um efetivo acesso à justiça. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20vers%C3%A3o%20final%20corre%C3%A7%C3%A3o%2004.11.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: Validade Jurídica dos Contratos via Internet.** São Paulo: Atlas, 2007.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

LOPES Jr., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In:* GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo: Para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

LOPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. *In:* DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online.** Granada: Comares, 2013.

MELO, João Ozório de. Escritório de advocacia estreia primeiro "robô-advogado" nos EUA. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robot-advogado-eua>. Acesso em: 28 jun. 2017.

OLIVEIRA, Cristina Azevedo de. **O papel do poder judiciário no mundo contemporâneo: as políticas judiciárias desenvolvidas para o Acesso à Justiça no âmbito federal e estadual (TJSC).** *In:* FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Conceito, 2011.

OST, François. **O tempo do direito.** Lisboa: Piaget, 2001.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. **A carta de Herédia: regras mínimas para a difusão de informações judiciais na internet.** Disponível em: [http://www.escolamp.org.br/arquivos/22\\_06.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_06.pdf). Acesso em: 26 jul. 2017.

Portal de notícias G1. **Fungos ameaçam a saúde de restauradores.** Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL279496-5598,00-FUNGOS+AMEACAM+A+SAUDE+DE+RESTAURADORES.html>. Acesso em: 29 jul. 2017.



SILVA, Alexandre de Azevedo. **Processo Judicial Eletrônico: PJ-e e o due process of law.** Disponível em: [https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/49830/002\\_silva.pdf?sequence=1](https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/49830/002_silva.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 jul. 2017.

SILVA, Fernando Quadros da. **Poder judiciário e sustentabilidade.** *In:* Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 93-100, set./out. 2013.

UNIDAS, Organização das Nações. Do relatório Brundtland: **Nosso futuro Comum.** Disponível em: [https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24247/mod\\_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20\(MAR%202014%20-%20n%C2%BA%2028%20-%20Direito%20e%20Sustentabilidade\).pdf](https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24247/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20(MAR%202014%20-%20n%C2%BA%2028%20-%20Direito%20e%20Sustentabilidade).pdf). Acesso em: 20 jun. 2017.

VIRILIO, Paul. **El ciber mundo, la política de lo peor:** entrevista con Philippe Petit. Traducción de Mónica Poole. 3. ed. Madrid: Cátedra, 2005.

#### NOTAS:

[1] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 113 [Itálico no original].

[2] Expressão inglesa criada para definir uma “comida rápida” e que atualmente é usada para indicar o estilo de vida moderno, que espera de todos os procedimentos a mesma velocidade do preparo de um hambúrguer. Lênio Streck e Alexandre Morais da Rosa escreveram sobre a geração *fast-food* e o judiciário brasileiro em alguns de seus artigos, a exemplo de: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito> e <http://www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais>, respectivamente. Acesso em: 2 fev. 2018.

[3] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe).** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em: 2 fev. 2018.

[4] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 36-37 [Itálico no original].

[5] VIRILIO, Paul. **El ciber mundo, la política de lo peor:** entrevista con Philippe Petit. Traducción de Mónica Poole. 3. ed. Madrid: Cátedra, 2005, p. 15. [Tradução livre]

[6] OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 2001. p. 328.

[7] LOPES Jr., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 162, 171 [Itálico e negrito no original].

[8] LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 22-24 [Itálico no original].

[9] Sobre esta inadequação do pensamento, recomenda-se a leitura do artigo “A importância do rigor hermenêutico-metodológico para o processamento das informações absorvidas e repassadas nas redes sociais”, de Juliano Cesar Zanini. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/tag/juliano-cesar-zanini/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

[10] OST, François. **O tempo do direito**. p. 15-17.

[11] LOPES Jr., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. p. 165 [Itálico e negrito no original].

[12] ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1-2.

[13] LOPES Jr., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. p. 166.

[14] OST, François. **O tempo do direito**. p. 331-332, 334-335.

[15] ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 80.

[16] LOPES Jr., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. p. 167-168.

[17] LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: Validade Jurídica dos Contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2007. p. 170.

[18] SILVA, Alexandre de Azevedo. **Processo Judicial Eletrônico**: PJ-e e o due process of law. Disponível em: [https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/49830/002\\_silva.pdf?sequence=1](https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/49830/002_silva.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 jul. 2017.

[19] MELO, João Ozório de. Escritório de advocacia estreia primeiro "robô-advogado" nos EUA. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai->

16/escritorio-advocacia-estreia-primeiro-robo-advogado-eua. Acesso em: 28 jun. 2017.

[20] OST, François. **O tempo do direito**. p. 327 [Itálico no original].

[21] SILVA, Alexandre de Azevedo. **Processo Judicial Eletrônico: PJ-e e o due process of law**.

[22] LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 202.

[23] ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. p. 282-283.

[24] SILVA, Alexandre de Azevedo. **Processo Judicial Eletrônico: PJ-e e o due process of law**.

[25] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Meios eletrônicos são aposta do CNJ para Judiciário mais eficiente**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81267-meios-eletronicos-sao-aposta-do-cnj-para-judiciario-mais-eficiente>. Acesso em: 10 jan. 2018.

[26] LOPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. *In*: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 18.

[27] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe)**.

[28] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 185, de 20 de dezembro de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61184-publicada-no-diario-da-justica-a-resolucao-do-pje>. Acesso em: 20 jun. 2017.

[29] Documento internacional assinado em Costa Rica, em 9 de julho de 2003, tendo o Brasil como signatário. Motivou alguns dispositivos da reforma dada pela EC 45/04, instituindo recomendações para o processamento eletrônico e, notadamente, a Lei 11.419/2006.

[30] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. **A carta de Herédia**: regras mínimas para a difusão de informações judiciais na internet. Disponível em: [http://www.escolamp.org.br/arquivos/22\\_06.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_06.pdf). Acesso em: 26 jul. 2017.

[31] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85535-processos-recebidos-na-justica-do-trabalho-ja-sao-100-eletronicos>. Acesso em: 15 out. 2017.

[32] BARRETO, Ana Amelia Menna. **Processo Judicial eletrônico – PJE, o que vem de bom por aí?** Disponível em: <https://cryptoid.com.br/destaques/processo-judicial-eletronico-pje-o-que-vem-de-bom-por-ai/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

[33] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Eproc já está integrado com o PJe nos Juizados Especiais Federais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82318-eproc-ja-esta-integrado-com-o-pje-nos-juizados-especiais-federais>. Acesso em: 30 maio 2017.

[34] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Presidente do CNJ assina acordos de cooperação técnica com TST e TRF4.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82593-presidente-do-cnj-assina-acordos-de-cooperacao-tecnica-com-tst-e-trf4>. Acesso em: 15 jun. 2017.

[35] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ lança navegador pré-configurado para uso do PJe.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82626-cnj-lanca-navegador-pre-configurado-para-uso-do-pje>. Acesso em: 18 jun. 2017.

[36] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84335-especialistas-fazem-aperfeicoamento-em-ferramenta-eletronica-do-cnj>. Acesso em: 15 out. 2017.

[37] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **TJSP adere ao Escritório Digital do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82534-tjsp-adere-ao-escritorio-digital-do-conselho-nacional-de-justica>. Acesso em: 4 jul. 2017.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/push/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

[39] BRASIL. Lei 13.105, Código de processo civil, de 16 de março de 2015. 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). Acesso em 16 set. 2017.

[40] OLIVEIRA, Cristina Azevedo de. **O papel do poder judiciário no mundo contemporâneo:** as políticas judiciárias desenvolvidas para o Acesso à Justiça no âmbito federal e estadual (TJSC). *In:* FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Conceito, 2011. p. 89.

[41] SOFTPLAN é a empresa responsável pela criação e gerenciamento SAJ e os dados citados estão disponíveis em: [http://www3.softplan.com.br/saj/saj\\_resultados.jsf](http://www3.softplan.com.br/saj/saj_resultados.jsf). Acesso em: 28 jul. 2017.

[42] Portal de notícias G1. **Fungos ameaçam a saúde de restauradores.** Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL279496-5598,00-FUNGOS+AMEACAM+A+SAUDE+DE+RESTAURADORES.html>. Acesso em: 29 jul. 2017.

[43] FERRER, Gabriel Real. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. *In: PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.* Disponível em: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos>. Acesso em: 23 jul. 2017. [Tradução livre]

[44] FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *In: Revista Novos Estudos Jurídicos.* Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 28 jul. 2017. [Tradução livre]

[45] UNIDAS, Organização das Nações. Declaração da conferência sobre o meio ambiente. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em 28 jul. 2017.

[46] UNIDAS, Organização das Nações. Do relatório Brundtland: **Nosso futuro Comum.** Disponível em: [https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24247/mod\\_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20\(MAR%202014%20-%20n%C2%BA%2028%20-%20Direito%20e%20Sustentabilidade\).pdf](https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24247/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20(MAR%202014%20-%20n%C2%BA%2028%20-%20Direito%20e%20Sustentabilidade).pdf). Acesso em: 20 jun. 2017.

[47] SILVA, Fernando Quadros da. **Poder judiciário e sustentabilidade.** *In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 93-100, set./out. 2013. p. 94.*

[48] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Eletrônico reduz em 61% consumo de materiais no DF.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77550-pje-reduz-em-61-consumo-de-materiais-em-tribunal-do-df>. Acesso em: 20 abr. 2017.

[49] GUASQUE, Bárbara; FREITAS, Cintia O. de A. Política judiciária e processo eletrônico: eficácia socioeconômica. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n.1, p.55-68, EDIPUCRS, jan./jun. de 2013. v.39.*

[50] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Consumo de papel cai 25% após instalação do processo eletrônico.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77534-consumo-de-papel-cai-25-apos-instalacao-do-processo-eletronico>. Acesso em: 20 abr. 2017.

[51] SOFTPLAN é a empresa responsável pela criação e gerenciamento SAJ e os dados citados estão disponíveis em: [http://www3.softplan.com.br/saj/saj\\_resultados.jsf](http://www3.softplan.com.br/saj/saj_resultados.jsf). Acesso em: 28 jul. 2017.

[52] JACOBSEN, Gilson. **Juizados Especiais Federais: quando só o direito não basta para um efetivo acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20vers%C3%A3o%20final%20corre%C3%A7%C3%A3o%2004.11.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

[53] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 201, de 3 de março de 2015. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_201\\_03032015\\_09032015165941.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_201_03032015_09032015165941.pdf). Acesso em: 9 jul. 2017.

[54] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conselho publicará glossário sobre indicadores socioambientais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82690-conselho-publicara-glossario-sobre-indicadores-socioambientais>. Acesso em: 27 jun. 2017.

[55] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Balanco socioambiental aponta ganhos com coleta seletiva em tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86024-balanco-socioambiental-aponta-ganhos-com-coleta-seletiva-em-tribunais>. Acesso em: 8 fev. 2018.

[56] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 227, de 15 de junho de 2016.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3134>. Acesso em: 20 jun. 2017.

[57] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Servidores em teletrabalho superam metas de produtividade nos tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-produtividade-nos-tribunais>. Acesso em: 22 jun. 2017.

[58] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Conselho conclui proposta de regulamentação do teletrabalho na Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81574-conselho-conclui-proposta-de-regulamentacao-do-teletrabalho-na-justica>. Acesso em: 23 fev. 2017.

[59] FERRER, Gabriel Real *et al.* Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – eletrônica, v.9, n.4, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 23 abr. 2017.

## **CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA: OBSTÁCULOS E PERSPECTIVAS FUTURAS NO BRASIL E EM PORTUGAL**

**ROBERTA SILVA DOS REIS SIMÕES:**  
Universidade de Lisboa - Portugal. Mestre em Direito Fiscal.

**RESUMO:** O presente artigo pretende realizar um estudo com vistas a expor um pouco mais de um tributo subutilizado: a Contribuição de Melhoria. Para tanto, inicia-se com a apresentação das principais questões enfrentadas pela contribuição de melhoria no Brasil e em Portugal. Passa-se, então, aos problemas específicos a um ou ambos os países, como a cultura brasileira da sonegação, a alta incidência dos impostos sobre o consumo e a baixa utilização dos impostos sobre o patrimônio. Prossegue-se, com o tópico falta de transparência do Sistema Tributário Brasileiro e conclui-se com a análise com a explanação sobre a Contribuição de melhoria, gestão urbanística e renúncia de receita. A metodologia utilizada foi a pesquisa quantitativa, com ampla pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Contribuição de Melhoria; Impostos; Sistema Tributário Brasileiro.

**ABSTRACT:** This article intends to carry out a study in order to expose a little more than a tribute underused: the contribution of improvement. To this end, begins with the presentation of the main issues faced by the contribution of improvement in Brazil and in Portugal. Passes-if, then, the problems specific to one or both of the countries, such as the brazilian culture of tax evasion, the high incidence of consumption taxes and the low use of taxes on equity. Continue with the topic lack of transparency of the Brazilian tax system and concludes with the analysis with the explanation about the contribution of improvement, urban management and resignation of recipe. The methodology used was the quantitative research, with extensive bibliographical research.

**KEY-WORDS:** Contribuição de Melhoria; Taxes; Brazilian Tax System.

**Sumário:** Introdução – **1-** Principais questões enfrentadas pela contribuição de melhoria no Brasil - **2-** Problemas específicos a um ou ambos os países - 2.1 A cultura brasileira da sonegação - 2.2 Alta incidência dos impostos sobre o consumo - 2.3 Os impostos sobre o patrimônio - 2.4 A falta de transparência do Sistema

Tributário Brasileiro - 2.5 Contribuição de melhoria, gestão urbanística e renúncia de receita – 3- Considerações Finais.

---

## **Introdução**

Instrumento legal e constitucional de recuperação de ganhos com valorização imobiliária, a Contribuição de Melhoria, constitui-se numa espécie de tributo cujo fato gerador é a valorização de imóvel do contribuinte, decorrente de obra pública e tem por finalidade a justa distribuição dos encargos públicos, fazendo retornar do tesouro público o valor despendido com a realização de obras públicas, na medida em que destas decorra valorização de imóveis.

Tributo subutilizado no Brasil e em Portugal, mas com potencial para apresentar possibilidades diferenciadas de retomada de uma arrecadação mais justa e isonômica, neste artigo se apresenta alguns obstáculos e perspectivas futuras de como melhorar a arrecadação com sua utilização.

Assim, buscando superar os problemas que o modelo atual possui, busca-se, com esse trabalho, chamar atenção para este tributo por hora esquecido e considerado ultrapassado no contexto atual da tributação brasileira e portuguesa.

### **I. Principais questões enfrentadas pela contribuição de melhoria no Brasil**

Apesar de ser uma boa forma de ressarcimento aos cofres públicos dos gastos com obras públicas, no Brasil, raras e esparsas são as notícias da utilização da contribuição de melhoria, o que contribui para agravar uma situação muito comum no ordenamento jurídico brasileiro, a transformação de diplomas legais em simples repertórios de dispositivos ineficazes e de pouca efetividade<sup>[1]</sup>.

Em Portugal, a doutrina majoritária vê as contribuições especiais por obras públicas como tradicionais e ultrapassadas, destacando o papel das contribuições financeiras como as modernas contribuições.

Assim, tendo em vista que os obstáculos apresentados em cada país têm suas peculiaridades, apresentam-se os obstáculos primeiramente no Brasil, seguido de Portugal e uma abordagem conclusiva conjunta.

Janczeski<sup>[2]</sup> ao comentar a razão do desuso da contribuição de melhoria no Brasil, ensina in verbis:



Quanto à contribuição de melhoria, tal como posta no Direito brasileiro, apesar das críticas recebidas de juristas que infirmam a complexidade de instituição e cobrança, chegando João Batista Moreira a afirmar que o administrador a considera uma perfumaria dos teóricos, enquanto Ataliba, apesar de realçar seus aspectos positivos, a considera, na prática, mera peça de museu, seu desuso se dá especialmente pelo despreparo do Poder Público, que insiste na não obediência aos princípios do tributo.

Meirelles<sup>[3]</sup>, por seu turno, afirma que, ainda que diminuta, existe a utilização da contribuição de melhoria por determinados municípios brasileiros. Entretanto, no âmbito Estadual e da União não lhe dão aplicação alguma. O referido autor ainda acrescenta que nos casos da sua utilização, esta é realizada passando ao largo dos mandamentos dos textos legais maiores, visto que os Municípios, ao legislarem sobre o tributo em questão, raramente utilizam a valorização imobiliária como parâmetro e limite a sua cobrança. Ao contrário, se fundamentam na extensão da testada do imóvel, critério ilegal e inconstitucional

Harada<sup>[4]</sup>, cita que o maior entrave a utilização da contribuição de melhoria é “a difícil delimitação da zona de influência benéfica da obra pública. Isso porque há obras que ocasionam valorização longitudinal, ao longo da obra; outras ocasionam valorização radial, ao redor da obra; e, outras, ainda, causam valorização apenas em seus pontos extremos”.

Contudo, com o devido respeito que se deve dar ao ilustre doutrinador Harada, o argumento da dificuldade de cálculo que, além dele, é defendido por outros doutrinadores, não merece prosperar, uma vez que se para os juristas a delimitação da zona de influência benéfica e o cálculo do valor a pagar a título de contribuição de melhoria podem parecer complexos, para os técnicos nas áreas de Engenharia, Estatística e áreas afins contratados pelas prefeituras municipais para calcular o valor venal dos imóveis para instituição e cobrança do IPTU – Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - e ITR<sup>[5]</sup> – Impostos sobre a propriedade territorial rural -, como para os técnicos estaduais encarregados do cálculo do ITBI – Imposto de transmissão de bens imóveis inter vivos – e do ITCMD – Imposto de transmissão de bens imóveis causa mortis ou doações – estas dificuldades nada mais são do que simples tarefas cotidianas<sup>[6][7]</sup>.

Já, Machado[8] acredita ser a obrigatoriedade da conclusão da obra pública antes da instituição e cobrança do tributo uma razão ímpar para seu insucesso no Brasil.

Contudo, este argumento é desarrazoado, uma vez que o próprio Decreto-Lei nº. 195/67 que regulamenta a matéria, em seu artigo 9º, coteja a possibilidade da cobrança da contribuição de melhoria por obras que estejam parcialmente concluídas, se estas já houverem gerado valorização aos imóveis adjacentes.

De fato, motivo realmente plausível para o insucesso da contribuição de melhoria no Brasil começa a ser pontuado por Machado[9]:

A verdadeira razão para a não cobrança da contribuição de melhoria, no Brasil, é a exigência legal de publicação do orçamento da obra, e do direito do contribuinte de impugnar o respectivo valor, porque as obras públicas em nosso país, desgrazadamente, são quase todas objeto de vergonhoso superfaturamento. Por isto mesmo a Administração Pública prefere não fazer as coisas com a transparência que a lei exige, como condição para a cobrança da contribuição de melhoria.

De acordo com Santiago[10], a contribuição de melhoria seria uma importante ferramenta de controle da população sobre os gastos efetivados pelos gestores públicos com o dinheiro público, ou seja, da receita auferida com a soma dos tributos pagos pela população brasileira. Assim, ela teria um importante papel de constranger os políticos, visto que teriam que expor os gastos de sua administração para apreciação e, principalmente, impugnação pelos cidadãos.

A transparência normalmente não é interessante para os governantes, tampouco para as grandes empresas que contratam obras públicas, porquanto o superfaturamento é prática comum nessas obras. Outro motivo para a não instituição da contribuição de melhorias no Brasil pode decorrer do fato de que, não são raros os casos em que, o governante, ao pretender realizar uma obra pública da qual advirá uma valorização imobiliária, prefere utilizar-se da situação para obter proveito pessoal, ou favorecer amigos e correligionários. Assim, este compra, ou informa a seus amigos e companheiros partidários para que comprem os imóveis que serão valorizados. E, assim, por um motivo óbvio, não aplica a contribuição de

melhoria que, nesta situação, terminaria por eliminar a vantagem que ele quis obter<sup>[11]</sup>.

Pellini<sup>[12]</sup> ao se manifestar sobre o assunto expõe:

Por conta dos detalhes exigidos por lei para a publicação do edital e do memorial descritivo da obra, muitos administradores abdicaram de exigência da contribuição de melhoria, seja por causa das minúcias que tornam difícil o atendimento do exigido em lei, seja por causa dos orçamentos “inflados” de contratos para realização de obras públicas e aquisição de materiais aplicados nas mesmas, que vez ou outra chegam ao conhecimento da sociedade, apesar de serem práticas condenadas no âmbito da Administração Pública. Este é o aspecto mais delicado de todos, pois sua solução vai além das discussões doutrinárias.

Desse modo, os governantes preferem renunciar esse modo de recuperação dos gastos públicos, visto que ao pesarem os benefícios de se sujeitarem a análise crítica da população ou recuperarem esses investimentos, escolhem o caminho mais fácil para garantir a continuidade de seus mandatos e, até, possíveis reeleições. Este pode ser elencado como a/uma das principais razões para o insucesso da contribuição de melhoria<sup>[13]</sup>.

## **2. Problemas específicos a um ou ambos os países**

### **2.1 A cultura brasileira da sonegação**

Ferreira<sup>[14]</sup>, a cerca do início da instituição do sistema tributário brasileiro, que remonta a época que o Brasil se encontrava ainda sob o domínio da coroa portuguesa, afirma que o contribuinte brasileiro via, na sonegação, um verdadeiro direito, um ato de patriotismo contra a submissão ao poder central de Portugal.

Todavia, a grande problemática está no fato de que uma vez inculcida uma ideia, difícil mudar as atitudes e percepções da população sobre o assunto, de toda sorte que até nos presentes dias essa filosofia da sonegação permanece na mente do contribuinte que continua justificando sua postura, agora sob a alegação de que o Estado não consegue cumprir seu papel, ou que atualmente é hercúlea a missão de suportar honestamente toda a carga tributária que recai sobre contribuintes individuais e empresas, ou

ainda utilizam a célebre frase: “mas todos sonegam”. Desse modo, na prática, o Estado se vê obrigado a aumentar cada vez mais a imposição tributária, que no Brasil já está em níveis abusivos, o que prejudica todo o sistema.

Em 2014, o brasileiro trabalhou 5 meses só para pagar impostos, mais precisamente 151 dias, segundo estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT). O IBPT também fez uma lista que mostra a quantidade de dias de trabalho necessários por ano para pagar impostos em 28 países e o Brasil apareceu em oitavo lugar nessa lista, sendo que o brasileiro deverá destinar 41,37% do seu rendimento bruto para pagar os tributos[15]. Os países que superam o Brasil (a exemplo da França, com 165 dias, Dinamarca, com 175 dias e Noruega com 154 dias) proporcionam a sua população melhor qualidade de vida do que a brasileira.

Infelizmente, devido à alta carga tributária, para manter uma empresa no Brasil, os empresários precisam muitas vezes se utilizar da sonegação, atrelando seu lucro na exata proporção de sua capacidade de sonegar, pois que em certas situações, a opção é “sonegar ou falir”, com todas as consequências que uma falência ocasiona para o empreendedor e para a sociedade em geral.

Segundo Cardin[16], iniciativas que buscam a simplificação do sistema arrecadatório ou a redução de tributos terminaram por surpreender com o aumento da arrecadação, como ocorreu no Estado do Paraná, no México e até nos Estados Unidos. A razão é simples: reduzindo-se a carga tributária, diminui-se a sonegação e amplia-se o universo de contribuintes.

Ademais, podem-se citar algumas razões para a sonegação fiscal, como: a alta carga tributária imposta à sociedade brasileira; as falhas na fiscalização; a alta complexidade nos sistemas de cálculo e recolhimento dos tributos; o pouco retorno visualizado pela classe média[17]. Entretanto, além desses fatores, pode-se observar, em especial, a falta de educação fiscal, por parte do cidadão comum, que não entende que o pagamento do tributo não é uma simples consequência do poder estatal, mas advém do sentimento de solidariedade social que busca criar um país melhor para todos.

## 2.2 Alta incidência dos impostos sobre o consumo

Nabais[18], buscando realizar previsões sobre as tendências que seriam seguidas na tributação, afirma que até pouco tempo se acreditava que

os impostos diretos (especialmente os pessoais e progressivos se comparados com os impostos reais e proporcionais) ganhariam mais força, com a diminuição dos impostos indiretos. O citado autor ainda afirma que muitos apostaram no desaparecimento dos impostos especiais sobre o consumo.

Todavia, como bem afirma o ilustre doutrinador, essas tendências somente se aplicaram até meados da década de 80, na década de 90 o panorama mudou drasticamente, pois os impostos indiretos foram retomados com ainda mais força, em virtude da tendência mundial de crescimento dos denominados “contribuintes nômades”, “empresas e contribuintes que facilmente deslocam a sede ou a residência para os países ou territórios com uma carga fiscal menor”<sup>[19]</sup>.

Diante dessa nova realidade, não resta outra conclusão, senão a volta aos impostos indiretos, para que assim, até mesmo os citados “nômades” possam ser alvo de tributação, uma vez que é de uma clareza solar que eles consumirão. Esta já é uma realidade em Portugal.

Entretanto, é possível que esse panorama não prime exatamente pela justiça visto que:

mais especificamente no domínio dos impostos sobre o rendimento, não só a tributação tende a concentrar-se nos rendimentos do trabalho, como vêm perdendo terreno as idéias de pessoalização e progressividade nas quais se haviam depositado tantas esperanças.[...] Pelo que a distribuição de rendimentos que uma tributação pessoal e progressiva do rendimento devia proporcionar acaba por operar dentro de um universo bastante limitado, já que a mesma se restringe aos rendimentos dos trabalhadores por conta de outrem, os quais, como é sabido, estão longe de espelhar o conjunto de rendimentos que compõem o rendimento nacional<sup>[20]</sup>.

O fato é que a tributação sobre o produto termina por gerar uma tributação injusta já que, conforme esclarece Ferreira<sup>[21]</sup>, se “todos consomem, do abastado ao indigente, há que acautelar-se o legislador na seleção dos produtos e aplicação das alíquotas, de maneira a estar sabendo como gravar o que, quanto e quem”.

O Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo e um dos sistemas mais injustos na sistemática de recolher os impostos. Além de

cobrar demais pelo que não entrega, exige maior contribuição da parcela da população que tem a menor renda e que mais precisa dos precários serviços públicos oferecidos pelo governo com o dinheiro dos contribuintes. Ou seja, paga mais quem ganha menos e o que beneficia sobremaneira a parcela mais rica da população. Ademais, a classe média também é penalizada visto que, além de ser fortemente taxada, precisa gastar com serviços privados de educação, saúde e segurança para não depender de escolas de baixa qualidade, hospitais precários e um sistema de proteção ineficaz e perigoso. Assim, o Brasil possui carga de primeiro mundo e serviços de terceiro.

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) calcula que o brasileiro precisou trabalhar cinco meses em 2014 apenas para pagar impostos, o dobro do tempo que gastava na década de 1970. Seguramente, os serviços públicos não avançaram nessa proporção. O problema mais grave do modelo brasileiro de tributação é a concentração dos impostos sobre consumo e produção, visto que cerca de 70% da arrecadação se dá sobre o consumo, o que faz o sistema ser regressivo, ou seja, todos pagam a mesma coisa, contudo a força em cima dos pobres é maior.

Portanto, em resumo, tem-se que uma rápida análise sobre o sistema tributário brasileiro mostra que prevalece os impostos e contribuições que incidem sobre o consumo de bens e serviços, com alíquotas manifestamente altas sobre serviços básicos como energia elétrica, água e telefonia. O sistema tributário brasileiro, desta forma ao ter por base impostos indiretos, caminha no sentido da regressividade, visto que os contribuintes com menor poder aquisitivo sofrem com contribuições proporcionalmente maiores do que contribuintes com alto poder aquisitivo[22].

Esses efeitos poderiam ser minorados pela seletividade que a Constituição de 1988 predica dos mais importantes impostos sobre o consumo (ICMS e IPI) [arts. 153, § 3º, I e 155, § 2º, III da Constituição], mas a redução das alíquotas em função da essencialidade dos produtos nunca foi efetivamente implantada pelo legislador ordinário (que em verdade somente homologa as regras definidas pela Administração Tributária).

Assim, o problema se traduz quando os impostos de relevante valor arrecadatário não apresentam grande graduação consoante à

capacidade econômica dos contribuintes[23]. Desta forma, observa-se que buscar outros tributos que possam aumentar a arrecadação, mas que se pautem em maior justiça fiscal pode ser a saída para uma repartição do ônus fiscal mais solidária e justa. Neste sentido já dispunha Vasques[24] ao afirmar:

[...] um dos fenômenos comuns da fiscalidade dos nossos dias está na transformação progressiva dos impostos em contribuições, substituindo-se a sua estrutura unilateral típica por uma estrutura paracomutativa, orientada a uma relação de troca com os contribuintes.

### 2.3 Os impostos sobre o patrimônio

Após a perspectiva da alta utilização dos impostos sobre o consumo (impostos indiretos), precisa-se analisar o que ocorre com os impostos que incidem dessa vez, sobre o patrimônio (impostos diretos).

Rawls[25] afirma a importância da tributação sobre heranças como modo de corrigir gradual e continuamente a distribuição de riquezas, buscando impedir a sua excessiva concentração o que, em seu modelo filosófico, buscaria alcançar não apenas os ideais de igualdade de oportunidades, porém também a liberdade política. Para o citado autor: “Assim, a herança é permissível contanto que as desigualdade resultantes tragam vantagens para os menos afortunados e sejam compatíveis com a liberdade e com a igualdade equitativa de oportunidades”[26].

Importante citar que mesmo sob a égide do pensamento liberal, o imposto sobre heranças e doações era visto como um modo de coibir a acumulação em excesso de fortunas, Sobre o assunto, Mill[27] entende que deveria haver uma limitação do montante que uma pessoa poderia adquirir por meio de herança, legado ou doação, visto que isto ajudaria a limitar a acumulação de grandes fortunas nas mãos daqueles que não as auferiram com o trabalho próprio.

Contudo, no Brasil, parece haver uma tendência que busca dificultar, de todas as formas, a instauração de tributos incidentes sobre patrimônio, o que aumenta ainda mais as patentes desigualdades que são observadas no dia a dia. Lobo Torres[28] cita que:

No Brasil, a partir da reforma do sistema tributário levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 18, de 1965, e pelo Código Tributário Nacional, procedeu-se a

desmesurada concentração de riquezas, incentivada pelas baixas incidências do imposto causa mortis e dos tributos incidentes sobre o patrimônio imobiliário, principalmente o imposto territorial rural.

Em Portugal, a Constituição prevê desde a última revisão um imperativo constitucional: o imposto deve contribuir para a igualdade dos cidadãos. O imposto sobre o patrimônio, notadamente o que incide sobre a propriedade imobiliária, deve contribuir para a igualdade dos cidadãos, embora, na prática ocorra precisamente o contrário[29].

A tributação do patrimônio por doação em vida ou no momento da sucessão não é o único modo de contribuir para a igualdade entre os cidadãos, se observada à perspectiva da tributação do patrimônio. O mesmo pode se dá através de um imposto sobre o patrimônio líquido acima de certo patamar. Sobre o assunto, afirma Sanches[30]:

Como alternativa para a difícil tributação mortis causa da totalidade do patrimônio de um certo sujeito passivo por altura da sua morte e posterior transmissão existe em alguns países um imposto sobre a riqueza, ou seja sobre a totalidade do patrimônio líquido de cada cidadão com todos os problemas que isso coloca mas que poderia, se fossem resolvidos os problemas ligados à sua concretização ter um grau de justiça mais elevado do que o mero imposto de rendimento: se fossem resolvidos os problemas administrativos da sua aplicação.

No Brasil pode-se citar o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto na Constituição, porém que na prática nunca foi instituído, se tornando letra morta. Sobre este imposto, na atual conjuntura econômica alguns Governadores, dentre eles podendo-se citar o do Estado do Maranhão, um dos mais pobres Estados do Brasil, tem apresentado ações ao Supremo solicitando que a União regulamente por meio de Lei as bases do imposto e proceda a sua instituição e cobrança[31].

No caso dos impostos sobre o consumo, que possuem como justificação a capacidade de consumo presumida pelo próprio ato de aquisição dos bens ou serviços, a posição constitucional portuguesa é de considerá-los como parte do sistema fiscal e que devem ter natureza redistributiva. Ainda sobre estes, como forma de conseguir uma maior



justiça na distribuição dos encargos tributários, dever-se-ia buscar tributar de forma mais incisiva os artigos de luxo, apesar da difícil tarefa de definir, a partir das mudanças na sociedade, o que se deve entender como artigos de luxo[32].

Fato é que a tributação do patrimônio, notadamente sobre a propriedade, é subproveitada, observando-se uma prevalência dos impostos sobre o consumo.

#### 2.4 A falta de transparência do Sistema Tributário Brasileiro

Ainda que a Constituição brasileira, no seu art. 150, parágrafo 5º, emane que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” o fato é que o Estado não cumpria esta normatização de modo minimamente adequado e em virtude da alta carga tributária a que é submetido o povo brasileiro, torna-se inviável para o consumidor ter domínio do quanto efetivamente é pago de tributos.

Todavia, uma importante inovação legislativa ocorreu através da Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012. Esta dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do artigo 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Por essa lei, também denominada de Lei de Olho no Imposto, que obriga as empresas a informarem na nota ou cupom fiscal o valor aproximado pago em impostos que incidem na composição dos preços de cada produto ou serviço vendido, a partir de janeiro de 2015 todas as empresas deverão especificar os valores recolhidos. A apuração deverá ser feita em relação a cada mercadoria ou serviço, separadamente, com a discriminação de todos os tributos federais, estaduais e municipais. Pela nova lei, terão de ser explicitados nas notas fiscais o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); Imposto sobre Serviços (ISS); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Imposto sobre Operações Financeiras (IOF); Programa Integração Social/Programa de formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e o imposto que incide sobre a comercialização e importação de derivados de petróleo (Cide)[33].

Tal lei, que visa ampliar o conhecimento da legislação tributária por parte dos consumidores, demonstra o interesse do cidadão de saber com precisão o que paga de tributos, o que até pouco tempo parecia ser impossível, visto que muitos acreditavam que o Fisco buscava dificultar o acesso do cidadão à realidade fiscal brasileira[34].

Esta situação busca se aproximar da realidade na Europa, onde, na zona do Euro, é comum a discriminação da percentagem e valor do IVA que incide sobre os produtos.

### 2.5 Contribuição de melhoria, gestão urbanística e renúncia de receita

A contribuição de melhoria é uma ferramenta com especial valor para a gestão urbanística. A realização de obras públicas necessita altas somas e especialmente nos países subdesenvolvidos, os administradores públicos enfrentam o esgotamento da capacidade fiscal da Administração. Por seu turno, a contribuição de melhoria pode se apresentar como um tributo previsto constitucionalmente, hábil a arrecadar importantes recursos para o soerguer econômico do Estado[35].

Todavia, apesar de sua potencialidade, este é um tributo esquecido. Assim dispõe Santos<sup>[36]</sup>:

nesse quadro de procura de alternativas para arcar com as despesas coletivas, insere-se a contribuição de melhoria, tributo constitucionalmente previsto, mas persistentemente desprezado pelo Poder Público, como modelo eficiente, justo e perene no tempo de barateamento das obras públicas, auxiliando, dessa forma, na solução de uma série de problemas ocasionados pela falta de investimentos estatais.

Assim, nota-se que a contribuição de melhoria tem potencial para ser um instrumento de fomento de obras públicas, sendo que esta última possui um importante papel na gestão urbanística dos Municípios. Destarte, a correta aplicação do instituto em estudo pode ajudar a implementar uma eficiente gestão urbanística nos Municípios, visto que apesar da competência para instituição do tributo ser concorrente, sem sombra de dúvidas a contribuição de melhoria está mais atrelada aos Municípios, ente político intrinsecamente responsável pela política do desenvolvimento urbano, consoante consta no art. 182 da Constituição Federal de 1988; a título de exemplo, na Alemanha, a contribuição de melhoria, que lá é denominada de Erschliessungsbeitrag (“contribuição de urbanização”, utilizada para

a realização de obra pública nova, desde o início ligada à urbanização e às leis de construção), é de competência Municipal<sup>[37]</sup>.

Moreira<sup>[38]</sup> leciona:

A necessidade da realização de obras públicas de urbanização sempre foi premente, contínua e caríssima. A pressão social resultante dessa necessidade obrigou o Poder Público, em toda parte e em todas as épocas, a eleger um *modus* eficaz de financiar essa atividade primordial. Id est., havia – e há, necessidade de um ingresso público para cobrir as enormes despesas estatais de urbanização. Assim sendo, as duas formas clássicas de gerar ingressos públicos foram utilizadas: cobrar preços ou impor tributos.[...] Segundo a Doutrina alemã, ohne Erschliessungsbeitrag ist keine Erschliessung möglich (“sem Contribuição de melhoria nenhuma urbanização é possível”), o que Shimidt (Handbuch des Erschliessungsrechts) interpreta como o poder facultado ao Estado para decidir a política urbana de construção, privativamente, concretizando-a com a execução de obras públicas[...] Ora, a execução de obras públicas é uma das atividades primordiais da Administração Pública – que, como ensina Alessi (Diritto Amministrativo), traduz a atuação in concreto do Estado na realização do bem comum, do bem-estar de cada um e do progresso social.

O autor ainda acrescenta: “O problema da incobabilidade da Contribuição de Melhoria, prejudicando o financiamento correto da urbanização, afeta principalmente os países do Terceiro Mundo”<sup>[39]</sup>.

Desse modo, observa-se que a contribuição de melhoria é de grande importância para realizar as políticas urbanísticas, apesar do Poder Público, no Brasil, não fazer uso do instrumento e continuamente alegar falta de recursos para a consecução de obras. É sabido que em muitos Municípios brasileiros a gestão urbana é notadamente ineficiente<sup>[40]</sup>.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001) estabelece as diretrizes gerais da política urbana. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana,

mediante as seguintes diretrizes gerais (art. 2º da Lei)[41]: “[...] XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; [...]”[42].

Portanto, o Estatuto da Cidade, indica dentre suas diretrizes gerais uma emanção que muito se assemelha ao fato gerador da Contribuição de Melhoria, o que juntamente com os princípios da Administração Pública deveria impor ainda com mais força a utilização da ferramenta, o que de fato não ocorre.

Outra disposição normativa que buscou reforçar a utilização do instituto aliais de todos os tributos foi a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000)[43]. Esta em seu art. 11 diz que: Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Prosseguindo, a referida Lei ainda prevê:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do artigo 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de

base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança<sup>[44]</sup>.

Esta Lei Complementar buscou regulamentar o art. 163 da Constituição Federal Brasileira, no que se refere às finanças públicas. Ela almejou coibir gastos excessivos e controlar os déficits públicos que, consoante muitos analistas seria um dos maiores problemas brasileiros, superando, inclusive, a dívida externa.

Interessante que este modelo de legislação já é antigo em países como Nova Zelândia e EUA, assim como e na União Europeia<sup>[45]</sup>.

A Lei de Responsabilidade Fiscal terminou por ser uma fusão de emanações do utilizado pelos supracitados países, contudo observando regras básicas:

1. Planejamento - Prima pelo estabelecimento de metas, limites e condições para renúncia e arrecadação de receitas e geração de despesas;

2. Transparência - Exige a ampla divulgação do planejamento e dos resultados da gestão pública, inclusive pela internet, e cria novas peças destinadas a este fim, como o anexo de metas fiscais, o anexo de riscos fiscais, o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de

gestão fiscal, bem como prevê a participação popular na elaboração orçamentária e fiscalização de sua execução.

3. Controle - Impõe um efetivo e rigoroso controle da arrecadação e dos gastos públicos e amplia a ação de fiscalização dos Tribunais de Contas; e

4. Responsabilização - Imputa sanções administrativas ao Ente Federado, como o impedimento de receber transferências voluntárias, a proibição de contratar operações de crédito e prestação de garantias e contragarantias. Os gestores públicos e ordenadores de despesa serão responsabilizados pelo descumprimento de suas normas. Para tanto, tramitou no Congresso Nacional e foi recém-sancionado Projeto de Lei que alterou o Código Penal, inserindo-lhe um capítulo que trata dos crimes contra as finanças públicas, e o Decreto-lei nº 201/67, responsabilizando quem praticar ato ilegal, com penas bastante graves<sup>[46]</sup>.

Contudo, apesar de toda essa tentativa de melhorar, a Lei de Responsabilidade, pelo menos com relação à contribuição de melhoria não conseguiu lograr seu efeito. Dia após dia, de modo flagrante, os Administradores públicos, notadamente os municipais, deixam de utilizá-la e nenhuma penalidade é imputada aos mesmos, o que só faz crescer a injustiça fiscal no Brasil.

### **3 Considerações Finais**

Este artigo buscou apresentar alguns obstáculos e perspectivas da Contribuição de Melhoria, mostrando que, apesar de ser um tributo legítimo e com potencial do ponto de vista de arrecadação de receitas, é pouco ou não utilizado.

Todavia, seu resgate, não apenas é benéfico, como se apresenta como uma saída importante para uma tributação mais justa e isonômica.

Por fim, acredita-se que os desafios e obstáculos propostos não são intransponíveis e os benefícios da aplicação podem ser um grande diferencial na atual crise econômica brasileira.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASILEIRO trabalha 151 dias para pagar imposto, que come 41,4% do salário. **Uol**, São Paulo, Economia, 21 maio 2014. Disponível em: . 28 nov. 2014.

CARDIN, Dirceu Galdino. **Desafios da cidadania.** Brasília: Ed. OAB, 2006. p. 111-112.

CORDEIRO, Vanessa Kiewel. [Contribuição de melhoria e infraestrutura.](#) **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013.](#) Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2018.

CORDEIRO, Vanessa Kiewel. **Contribuição de melhoria:** uma alternativa viável para o incremento da infraestrutura brasileira. 2014. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2018.

FERREIRA, Benedito. **A história da tributação no Brasil:** causas e efeitos. Brasília: [s.n], 1986.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coords.). **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

GOMIDE, Tainá Rodrigues; FARONI, Walmer. Avaliação da arrecadação da contribuição de melhoria pelos municípios brasileiros. **Revista de C. Humanas**, v. 8, n. 1, p.39-50, jan/jun.2008.

GUERREIRO, Sérgio Martins. **Contribuição de melhoria e renúncia fiscal.** Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JANCZESKI, Célio Armando. **Direito tributário e processo tributário: teoria e prática**. Caxias do Sul: Plenum, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. Contribuição de melhoria. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan./fev. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[MENDES, Adriana; PIERRY, Flávia. Dilma sanciona lei que obriga informar tributos na nota fiscal: a lei publicada nesta segunda entra em vigor em seis meses. O Globo, São Paulo, 10 dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.](#)

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. II. p. 381.

MOREIRA, João Baptista. **A contribuição de melhoria e a imposição da valorização imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NABAI, Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

PELLINI, Fabíola Costa Acácio. **Contribuição de melhoria: aspectos controvertidos**. Disponível em: . Acesso em: 14 mar. 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSSO, Paulo Sergio. **O princípio da solidariedade e o sistema tributário brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho (PR), 2008. Disponível em: . Acesso em: 18 mar. 2018.

SALES, José. **Contribuição de melhoria**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9672011/Contribui%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Melhoria](http://www.academia.edu/9672011/Contribui%C3%A7%C3%A3o_de_Melhoria)>. Acesso em: 28 mar. 2018.



SANCHES, J. L. Saldanha. **Manual de direito fiscal**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

SANTIAGO, Rafael da Silva. A contribuição de melhoria no direito brasileiro: a teoria de seu posicionamento no sistema tributário nacional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3289, 3 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.

SANTOS, Luciana Batista. Contribuição de melhoria: um tributo esquecido. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 143-167, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005c. v. II.

VASQUES, Sérgio. **Manual de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2012.

NOTAS:

- [1] GOMIDE, Tainá Rodrigues; FARONI, Walmer. Avaliação da arrecadação da contribuição de melhoria pelos municípios brasileiros. **Revista de C. Humanas**, v. 8, n. 1, p.39-50, jan/jun.2008.
- [2] JANCZESKI, Célio Armando. Direito tributário e processo tributário: teoria e prática. Caxias do Sul: Plenum, 2011. p. 144.
- [3] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.
- [4] HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 314-315.
- [5] O ITR é um imposto de competência da União. Contudo ela muitas das vezes transfere a competência para a sua cobrança aos municípios, repassando-lhes, por este serviço, uma porcentagem do valor arrecadado por este tributo.
- [6] CORDEIRO, Vanessa Kiewel. [Contribuição de melhoria e infraestrutura](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013](#). Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2018.

[7] CORDEIRO, Vanessa Kiewel. Contribuição de melhoria: uma alternativa viável para o incremento da infraestrutura brasileira. 2014. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2018.

[8] MACHADO, Hugo de Brito. Contribuição de melhoria. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan./fev. 2003. p. 24.

[9] Ibid.

[10] SANTIAGO, Rafael da Silva. A contribuição de melhoria no direito brasileiro: a teoria de seu posicionamento no sistema tributário nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 17, n. 3289, 3 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.

[11] SALES, José. **Contribuição de melhoria**. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.

[12] PELLINI, Fabíola Costa Acácio. Contribuição de melhoria: aspectos controvertidos. Disponível em: . Acesso em: 14 mar. 2018.

[13] CORDEIRO, Vanessa Kiewel. Contribuição de melhoria: uma alternativa viável para o incremento da infraestrutura brasileira. 2014. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2018.

[14] FERREIRA, Benedito. A história da tributação no Brasil: causas e efeitos. Brasília: [s.n], 1986, p. 53-54.

[15] BRASILEIRO trabalha 151 dias para pagar imposto, que come 41,4% do salário. **Uol**, São Paulo, Economia, 21 maio 2014. Disponível em: . 28 mar. 2018.

[16] CARDIN, Dirceu Galdino. **Desafios da cidadania**. Brasília: Ed. OAB, 2006, p. 111-112.

[17] ROSSO, Paulo Sergio. O princípio da solidariedade e o sistema tributário brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho (PR), 2008. Disponível em: . Acesso em: 18 mar. 2018.

[18] NABAI, Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p.139.

[19] Ibid.

[20] Ibid., p. 140.

[21] FERREIRA, Benedito. A história da tributação no Brasil: causas e efeitos. Brasília: [s.n], 1986, p.178.

[22] GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 162.

[23] Segundo Fernando Sotelino, professor de Finanças Internacionais da Universidade de Columbia, a questão da tributação no Brasil é mais complicada, “devido a um processo fiscal cheio de impostos indiretos, que acabam aumentando o custo da produção, para impostos mais simplificados, quase que na ponta do consumo. E ainda na questão fiscal, coisas que começam a ser discutidas é a questão da injustiça, visto que realmente os ricos pagam muito pouco imposto no Brasil”. Cf. RICOS pagam pouco imposto no Brasil, diz professor de finanças de Columbia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 abr. 2015. Vídeo. Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2018.

[24] VASQUES, Sérgio. Manual de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2012, p. 224.

[25] RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 306-308.

[26] Ibid., p. 307.

[27] MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. II. p. 381.

[28] TORRES, Ricardo Lobo, Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005c. v. II, p. 348.

[29] SANCHES, J. L. Saldanha. Manual de direito fiscal. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p.52.

[30] Ibid., p.53.

[31] A Constituição de 1988 previu a instituição de um imposto sobre grandes fortunas no Brasil. Até hoje, no entanto, a medida depende da aprovação de um projeto de lei complementar que determine como será feita essa taxação. O imposto sobre grandes fortunas é o único dos sete tributos previstos na Constituição que ainda não foi implementado.

[32] SANCHES, J. L. Saldanha. Manual de direito fiscal. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p.53-54.

- [33] MENDES, Adriana; PIERRY, Flávia. Dilma sanciona lei que obriga informar tributos na nota fiscal: a lei publicada nesta segunda entra em vigor em seis meses. **O Globo**, São Paulo, 10 dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.
- [34] ROSSO, Paulo Sergio. O princípio da solidariedade e o sistema tributário brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho (PR), 2008. Disponível em: . Acesso em: 18 mar. 2018.
- [35] CORDEIRO, Vanessa Kiewel. **Contribuição de melhoria: uma alternativa viável para o incremento da infraestrutura brasileira.** 2014. Disponível em: . Acesso em: 18 mar. 2018.
- [36] SANTOS, Luciana Batista. Contribuição de melhoria: um tributo esquecido. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 143-167, 1998.
- [37] GUERREIRO, Sérgio Martins. **Contribuição de melhoria e renúncia fiscal.** Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.
- [38] MOREIRA, João Baptista. **A contribuição de melhoria e a imposição da valorização imobiliária.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- [39] Ibid.
- [40] GUERREIRO, Sérgio Martins. **Contribuição de melhoria e renúncia fiscal.** Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.
- [41] CORDEIRO, Vanessa Kiewel. **Contribuição de melhoria: uma alternativa viável para o incremento da infraestrutura brasileira.** 2014. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2018.
- [42] BRASIL. **Lei n. 10.257, de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.
- [43] BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.
- [44] Ibid.
- [45] Com fulcro nestes modelos, o Brasil elaborou sua legislação: o Tratado de Maastricht da Comunidade Européia, cujo teor estabelece os princípios de uma confederação com critérios de convergência; o Budget Enforcement Act dos Estados Unidos, que possui regras severas, onde o Congresso fixa

antecipadamente metas de superávit e mecanismos de controle de gastos como o sequestration e o pay as you go e no Fiscal Responsibility Act Neozelandês que diferencia-se dos demais por dar prioridade aos critérios de transparência, possibilitando que a própria população exerça o controle fiscalizador.

[46] GUERREIRO, Sérgio Martins. Contribuição de melhoria e renúncia fiscal. Disponível em: . Acesso em: 5 mar. 2018.

## CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA

**NADINE FINOTI CAMPANHOLA:**  
Bacharelada do do Curso de Direito pela  
Universidade Brasil - Campus  
Fernandópolis/SP.

**EDA LECI HONORATO**

(Prof(a). Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo apresenta como ideia principal os crimes contra a honra no âmbito virtual, iniciando com sua conceituação e importantes considerações sobre o assunto. Os *crimes cibernéticos ou virtuais* são infrações praticadas através da internet, e, os contra crimes a honra, é a violação da honra de um indivíduo, é um delito, e quando alguém é ofendido, tem todo o direito de ingressar com uma ação contra o ofensor. Não há o que duvidar, que grande é a carência de um conjunto de normas e sanções jurídicas para investigar, julgar e solucionar os crimes virtuais. No entanto, havendo ou não uma legislação especial para este determinado assunto, quando o computador é usado como a principal ferramenta para a prática dessas infrações, a violência no mundo da internet só aumentará, e quando localizado os criminosos, estes crimes serão adaptados ao Código Penal já existente e os infratores, serão punidos de acordo com o que a Lei determina.

**Palavras-chave:** Delitos, Honra, Violência, Internet.

**ABSTRACT:** This article presents as main idea the crimes against the honor in the virtual scope, beginning with its conceptualization and important considerations on the subject. Cyber or virtual crimes are infractions practiced through the internet, and, crimes against honor, is the violation of the honor of an individual, is a crime, and when someone is offended, he has every right to file a lawsuit against the offender. There is no doubt about it, how great is the lack of a set of rules and legal sanctions to investigate prosecute and solve virtual crimes. However, with or without special legislation for this particular subject, when the computer is used as the main tool for the practice of these infractions, violence in the internet world will only increase, and when located criminals, these crimes will be adapted to the Code Penalties already existing and offenders will be punished according to what the Law determines.

**Keywords:** Crime, Honor, Violence, the Internet.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO 3 1. MATERIAL E MÉTODO 4 2. CRIMES VIRTUAIS 4 2.1. CONCEITO 4 2.2. CLASSIFICAÇÃO DE CRIMES VIRTUAIS 5 3. CRIMES VIRTUAIS SEGUNDO OS MEIOS JURÍDICOS NO BRASIL 5 3.1. CRIMES VIRTUAIS PUROS, MISTOS E COMUM 5 3.2. CRIMES VIRTUAIS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS 6 4. CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET 7 4.1. PROPOSTAS LEGISLATIVAS 9 5. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO 11 5.1. PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS INVESTIGADORES NOS CRIMES VIRTUAIS 12 5.2. IMPEDIMENTOS ENCONTRADOS PARA A LOCALIZAÇÃO DA ORIGEM DA CONDUTA DELITUOSA NA INTERNET 13 6. CAPACITAÇÃO TÉCNICA DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA PERSECUÇÃO PENAL VIRTUAL 14 7. OS CRIMES VIRTUAIS NA ESFERA JURIDICA 14 8. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL MEDIANTE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS 16 9. CASO SE TORNE UMA VÍTIMA DE UM CRIME VIRTUAL, COMO AGIR 17 CONSIDERAÇÕES FINAIS 18 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 20

---

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a internet se tornou indispensável para a grande maioria, nessa rede temos total autonomia e um grande acesso. Porém, alguns criminosos têm utilizado desse crescimento acelerado para práticas delituosas, com o intuito de privilegiar-se com outros usuários, que não tem o discernimento com o que pode sofrer no mundo virtual ou até mesmo, influencia-se por usuários que tem a internet como finalidade pela pratica de crimes.

O principal problema desses delitos praticados no mundo virtual é a falta de punibilidade por meio do Estado, uma vez que, a criminalidade avançou mais rapidamente do que nossa legislação e as técnicas para se chegar ao autor do crime ainda estão em fase de aprimoração e desenvolvimento.

O crime virtual está se tornando cada dia mais comum em nosso país e, é imprescindível não deixar em evidente a lentidão em tipificar essa modalidade de crime, pois várias são as dificuldades encontradas nesse neste meio delituoso. Os criminosos tem a certeza de que suas identidades são quase impossíveis e mesmo

que estes sejam identificados, a demora do judiciário ao punir essas condutas, infelizmente visa a impunidade.

Os legisladores necessitam de uma adequada e precisa tipificação dessas condutas, reavendo o dever de punir do Estado.

Já existem alguns projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, para a aprovação novas leis. Contudo, como já é sabido, há demora para a vigência de uma Lei específica, e por consequência disso, os criminosos continuam a cometer infrações no mundo virtual.

Quando fala-se sobre a honra, tema este muito complexo, pois de grande dificuldade em evidenciar qual o ato que afeta mais o próximo, o que torna-se confuso este tema abordado e ocasionado na internet, tendo a ideia de impossibilidade de encontrar-se o ofensor.

Calúnia, injúria e difamação, crimes tipificados e previsto em nosso Código Penal Brasileiro e sua prática ocasiona a punição do infrator e como agir quando sofrer um dano no mundo virtual, conforme trataremos abaixo no seguinte artigo.

## **1. MATERIAL E MÉTODO**

A pesquisa bibliográfica é formada de acordo com material já explorado, constituídos sobretudo de artigos científicos e livros. O fundamental benefício dessa pesquisa é o fato de dar a oportunidade ao investigador desfrutar da gama de elementos muito mais amplos em comparação aquela que pesquisaria diretamente (GIL, 2002).

O estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica a respeito de crimes virtuais contra a honra. O trabalho foi elaborado durante o período de janeiro a abril de 2018, sendo no idioma português.

Os artigos coletados foram dos seguintes bancos de dados: Scielo, Google Acadêmico e também livros e artigos científicos da biblioteca da Universidade Brasil. Os termos de busca empregados foram: Crimes virtuais.

## **2. CRIMES VIRTUAIS**

### **2.1. CONCEITO**



São aqueles cometidos na internet e são enquadrados no Código Penal Brasileiro, onde sofrerá punições de acordo com cada caso.

Esses crimes começaram a surgir, pois o aumento de usuários na internet foi crescendo cada dia mais. Com isso, os infratores viram como oportunidade para cometer crimes virtuais.

O meio mais comum atualmente e usado pelos internautas, é o Facebook. Muito de seus usuários, pessoas com poucas informações, ou por achar que nada poderá levar o mal uso da internet, assim, aumentando o risco de ser uma vítima ou, o mesmo pratica algum ato ilícito por essa rede social que está sendo tão usada. Com o surgimento dessa nova modalidade criminal, visaram a necessidade para a criação de novas leis, e uma delas, para a proteção do usuário.

## **2.2. CLASSIFICAÇÃO DE CRIMES VIRTUAIS**

Devido à característica dos crimes virtuais e da internet, as classificações dos crimes cibernéticos devem sempre estar se estabelecendo com às mudanças que a prática delitiva apresenta no meio cibernético. Em que pese a necessidade dos crimes virtuais, a classificação se mostra adequada ao tema tratado, como visa Ivette Senise Ferreira (2005, p. 261):

“Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial.”

Na mesma linha, todo e qualquer ato que tem como meio para a prática do crime a internet, a informática, que visa como finalidade o delito. Atinge-se o patrimônio, a honra, quando esses são violados e ofendidos por meio da internet.

## **3. CRIMES VIRTUAIS SEGUNDO OS MEIOS JURÍDICOS NO BRASIL**

### **3.1. CRIMES VIRTUAIS PUROS, MISTOS E COMUM**

Os crimes cibernéticos puros, segundo Costa (1997, p. 03),

“Toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas.”

No caso acima, o agente visa a atingir em especial o sistema de informática ou os dados armazenados no sistema, como as condutas praticadas por rackers, pessoas que utilizam de seu conhecimento informático para invadir sistema com a intenção de causar danos aos sistemas informatizados.

Por outro lado, os crimes cibernéticos mistos, no texto trazido por Pinheiro (2000):

“são aqueles em que o uso da internet ou sistema informático é condição para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso ao informático.”

O infrator não tem como objeto do crime o sistema informatizado ou seus dados, mas se utiliza daquele como instrumento indispensável para a consumação de sua conduta, como também, as transferências ilegais por meio do sistema internet-banking.

Contudo, os crimes virtuais comuns, são aqueles em que a finalidade do agente é aproveitar da internet ou sistemas ligados à ela, para atingir um bem já tutelado penal. Ou seja, a informática é o instrumento para a prática do delito pelo agente.

### **3.2. CRIMES VIRTUAIS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS**

De acordo com Damásio de Jesus (apud ARAS, 2001)

Crimes cibernéticos próprios ou puros são “aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das

informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.”

Como traz a classificação, os crimes virtuais próprios ou puros seriam aqueles em que a utilização do sistema de informática é o meio principal utilizado para a prática do delito, e necessariamente objetiva a informática ou seus elementos, assim esses, o objeto jurídico a ser tutelado.

Nessa espécie, os crimes de invasão de sistemas de informação, tem como finalidade a danificação ou alteração, bem como a inserção de dados falsos em um sistema de informação.

Os crimes virtuais impuros ou impróprios, ainda sob a ideia de Damásio de Jesus (apud ARAS, 2001) são:

“[...] aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou diversos da informática.”

Na mesma linha, os crimes virtuais impróprios ou impuros são aqueles em que a utilização do sistema de informática trata-se apenas de um novo modus operandi, ou seja, um novo meio de execução, com o qual o agente visa atingir um bem já tutelado no âmbito penal, distinto do sistema de dados ou informação.

São exemplos os crimes contra o patrimônio, como o furto e o estelionato praticados com o uso da internet. O agente se utiliza de um computador ou de um meio semelhante para atingir um bem, do qual se dará um resultado.

#### **4. CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET**

Como nos traz o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

**Artigo 11º** - A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir

livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Todos somos livre para termos nossas escolhas, desde que esse ato, não atinja a honra do outro, e denigra moralmente. E isso, o Direito vem nos assegurando de sofrer esse dano.

Com efeito, surge diversas dúvidas, e uma delas: *“até onde pode-se expressar o opinião no mundo virtual?”*

Deve-se olhar a internet como uma fonte liberal, ampla, para as mais diversas formas de pensamento. Um lugar para o debate dos mais diversos tipos de pontos de vistas a respeito de determinado assunto, porém, cabe a cada cidadão se responsabilizar pelas suas opiniões. O ser humano tem Direito a liberdade de expressão e opinião também consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu artigo XIX, diz que:

“Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

É necessário impedir qualquer pratica de crime pela internet. Tende-se haver limites na liberdade de expressão. O ser humano tem direito a expor seu pensamento, mas se narrar de forma hostil ou debater-se com as Leis, o ser humano deve assumir o resultado de seu ato.

É corriqueiro a conduta digital ser enquadrada na prática de racismo, prevista na Lei 7.716 de 1989, que diz, em seu artigo 20 que diz:

Praticar induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, configura crime.

Neste caso, a pena é de reclusão e 2 (dois) a 3 (três) anos e multa. Com efeito, os crimes contra a honra, quando o racismo é praticado pela Internet, pode ter sua pena aumentada, por ter feito uso de meios de comunicação social, ou

publicação de qualquer natureza, indo para reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Desde o momento em que se diz uma palavra, se coloca uma imagem, um vídeo na internet, elas afetam outras pessoas, e os fatos acontecidos não dependem das nossas intenções.

No momento, os tribunais estão tomando as decisões sobre diversos casos de ofensas que são praticadas na Internet. Contudo, acaba por agravar o caso, já que há uma consequência maior.

Por consequência, há três tipos de crimes contra a honra, ambos previstos no Código Penal brasileiro. O primeiro previsto, é a calúnia que traz como significado que o indivíduo praticou algum crime e isto não é real;

**Art. 138** - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Se a calúnia ocorrer através de um e-mail distribuído na internet, todas as pessoas que tiverem recebido o e-mail e passarem para frente podem ser envolvidas em coautoria. Pois diz que, a mesma pena incorre quem, sabendo que é falsa a imputação a propaga ou divulga. Os outros dois tipos são a difamação e a injúria.

**Art. 139** - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

**Art. 140** - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Quando houver uma ofensa, caso o ofensor se arrependa, caberá retratação pública.

Se tratando de injúria, nada mais é, qualquer ofensa à dignidade de alguém e difamação, é a imputação de ato ofensivo à reputação de alguém.

#### **4.I. PROPOSTAS LEGISLATIVAS**

A preocupação com a questão dos crimes cibernéticos no Brasil, nas últimas décadas com a popularização da internet no mundo todo, manifestou - se na promulgação de algumas leis, com referência à informática, e em muitos projetos de Lei que correm no Congresso Nacional, os complicações provocados pela falha da legislação desajustada existente, que estão a exigir uma situação mais adequada a sua gravidade e incidência.

Avanço de grande importância, no que tange, a legislação no que diz respeito aos crimes de informática foi a aprovação pela Câmara dos Deputados, no dia 07 de novembro de 2012, do projeto de Lei, 2793/11, que tem por escopo tipificar no Código Penal os crimes cometidos pela internet. Referida lei, tem por objetivo punir aqueles que invadirem computadores alheios ou outro dispositivo de informática, com fim precípuo de adulterar, ou obter informações sem autorização do titular.

O projeto em tela foi aprovado, em decorrência do roubo e postagem na internet de 36 fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. Os criminosos foram indiciados por difamação, e outros delitos como furto e extorsão qualificada, posto que, ainda não há nenhuma legislação específica que verse sobre o tema.

O Projeto de Lei que resultou na "*Lei Carolina Dieckmann*" foi proposto em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2012, que supostamente teve copiadas de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima e conversas, que acabaram divulgadas na Internet sem autorização.

Os delitos previstos na Lei Carolina Dieckmann são:

**1) Art. 154-A** - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

**2) Art. 266** - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de

informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

**3) Art. 298** - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

**4) Art.154-B.**

A "Lei Carolina Dieckmann" entrou em vigor no dia 02 de abril de 2013 segundo Renato Opice Blum:

Independente das falhas existentes, como as penas previstas baixas, o avanço com a Lei Carolina Dieckmann é inegável. Pois o Brasil tem a quinta maior população de usuários de internet do mundo com 70 milhões que passam 25 horas por mês online. “ Com uma movimentação dessas já era hora de termos segurança jurídica para nossos usuários”.

Carlos Sobral, delegado da Polícia Federal, que atua na repressão a crimes cibernéticos, concorda com o pensamento de Blum, no que diz respeito ao avanço do texto aprovado no Senado, mas também acha que as penas estabelecidas são leves.

“Poderia ser um pouco maior. Nós, delegados, chegamos a propor mínimo de um ano e máximo de três anos de prisão, mas são crimes novos e a sociedade ainda questiona se, nesses casos, a pena deve ser mais severa.”

Independente das falhas, e críticas existentes pode-se considerar a Lei Carolina Dieckmann como sendo o marco dos crimes virtuais no brasil e um avanço na forma de lidar com a imensa rede. O deputado Eduardo Azeredo (PSDB – MG), assevera que:

“Na medida em que o crime é tipificado, tudo fica mais claro para quem processa e para quem vai julgar.”

Com o avanço do projeto de lei Carolina Dieckmann e outras formas para se proteger no mundo virtual, é inquestionável que as condutas criminosas sejam reprimidas e exterminadas de uma vez do ambiente virtual. Por conta disso, os criminosos que ficam “disfarçados” dentro de sites e perfis fakes, sejam punidos.

## **5. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO**

As tecnologias de informação possuem um vasto campo de conteúdo, que não há questionamento, por consequência disso, os crimes virtuais podem ser praticados por diversas formas no que tange o mundo virtual. É por esse motivo que a polícia investigativa, ao tomar conhecimento da prática de um crime virtual, deve inicialmente identificar o meio utilizado pelo criminoso para a prática do delito.

Como vimos, vários são os meios utilizados na execução da conduta ilícita pelo agente, como websites, e-mails, redes sociais, sites falsos de comércio eletrônico ou de instituições bancárias, dentre tantas outras possibilidades que a rede virtual permite. Esse é um fator não menos importante para os passos a serem dados pelo investigador responsável pelas buscas. De acordo com o meio adotado pelo infrator, diferentes serão as técnicas utilizadas para identificar a autoria do delito.

Evidenciando o meio utilizado, o investigador deve atentar-se as características que destacam os indícios da modalidade delitiva. As evidências deixadas pelos crimes virtuais são consideravelmente instáveis, devido ao seu estilo volúvel, sendo facilmente apagadas, alteradas ou perdidas, devendo o investigador agir com cautela para não corromper evidência alguma que possa ser indispensável para a solução da investigação.

Usualmente, as informações sobre esse tema são complexas, exigindo-se uma capacidade técnica dos agentes investigativos para uma certa coleta e compreensão das evidências dos crimes desta modalidade. Tais informações aparecem envolvidas de dados legítimos, que não possuem importância para a investigação, desta forma, os técnicos responsáveis pela sua coleta realizem uma análise apurada dos dados encontrados, separando os necessários à persecução penal.



## **5.1. PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS INVESTIGADORES NOS CRIMES VIRTUAIS**

Por conta da grandiosidade tecnologia de informações, são muitas as dificuldades enfrentadas pelos detetives no processo de investigação nos crimes virtuais. Entretanto, os desafios encontrados pela polícia investigativa, muitas soluções estão sendo buscadas, como a criação de leis específicas e uma melhor capacitação dos agentes encarregados pela persecução penal, a fim de acompanhar o rápido desenvolvimento da tecnologia e o conseqüentemente o surgimento de recentes ameaças virtuais.

## **5.2. IMPEDIMENTOS ENCONTRADOS PARA A LOCALIZAÇÃO DA ORIGEM DA CONDUTA DELITUOSA NA INTERNET**

Como apresentado no presente trabalho, em regra, ao se obter o endereço IP que foi utilizado na prática do ato criminoso, tem-se a localização do agente e sua identificação. Porém, há várias formas de falsificar esse tipo de evidência, como a utilização dos servidores-usuários proxies e também das redes Wi-Fi abertas. E o acesso por meio das denominadas “*lan houses*” ou “*cyber cafés*”.

As redes Wi-Fi abertas consistem em locais que dão acesso gratuito à internet, criadas muito em função da grande utilização de smartphones e outros dispositivos de informática portáteis. Todavia, por existir a característica de terem a utilização de forma gratuita e de acesso ao público em um todo, estas redes permitem o uso de pessoas que não identificam-se, apresentando-se aos criminosos como um rol de oportunidades a prática de atos criminosos no meio da internet, com a finalidade de causar o mal a outrem. Em razão de ser acessada por qualquer pessoa, dificulta a localização de seus usuários, decorrendo a maior possibilidade de o agente criminoso sair ileso pela conduta ilícita praticada.

Os proxies são servidores que agem como um intermédio para solicitações de seus clientes, exigindo recursos ou serviços de outros servidores, agem como conexão entre o usuário e o conteúdo acessado por este na internet. Criados com a finalidade de esconder o endereço IP do usuário a fim de protegê-lo de ataques e roubo de dados na internet. Por outro lado, há aqueles afim de esconder a identificação dos usuários a dificultar a identificação do agente infrator e a obter e sair ileso do delito praticado.

Essa modalidade é denominada de proxy anônimo, sendo uma ferramenta que tem como finalidade a prática de atividades na internet, com que se deixe vestígios, ou seja, acessa a internet em favor do usuário, protegendo-se as suas informações pessoais ao ocultar o endereço IP que o identificaria, assim previne que haja a publicidade das informações no reconhecimento do computador que deu origem a um evento na internet e não armazenam as informações dos usuários. Com isso, torna-se extremamente difícil a identificação do usuário através do número IP.

## **6. CAPACITAÇÃO TÉCNICA DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA PERSECUÇÃO PENAL VIRTUAL**

A tecnologia da informática é possuidora de uma ampla dificuldade, o que faz com que os órgãos investigativos e judiciários não estejam preparados para lidar com esta nova criminalidade e com suas mudanças.

Habitualmente, serão encontrados agentes públicos sem conhecimento sobre as tecnologias e as informações necessárias para uma melhor prestação da proteção estatal aos cidadãos nos órgãos encarregados pela persecução penal.

Contudo, não somente a capacitação técnica dos agentes estatais, que é preocupante, vez que mesmo quando o agente possui o conhecimento técnico preciso, ocorre que, o trabalho investigativo se depara com falta de equipamento necessário para um melhor desempenho nas investigações dos crimes virtuais, tendo a falha do Estado, em disponibilizar um melhor abastecimento dos seus agentes com as “*armas*” necessárias ao combate desta modalidade criminosa.

É de suma importância, que haja uma melhor capacitação dos agentes incumbidos pela persecução penal, e também, desenvolvimento de uma melhor estrutura organizacional dos meios utilizados pela polícia investigativa, a fim de que o Estado possa prestar a melhor proteção aos cidadãos ao combater os infratores dos crimes virtuais.

## **7. OS CRIMES VIRTUAIS NA ESFERA JURÍDICA**

Destacando, nesse enredo, as grandes barreiras enfrentadas pelas autoridades responsáveis pela segurança no país, para coibirem este tipo de crime. Traz como ideia nesse sentido, o professor Antônio Scarance Fernandes assinala:

"Por enquanto a repressão se restringe ao enquadramento desse tipo de infração nos delitos tipificados pelo Código Penal".

Como se nota, a coibição aos crimes virtuais também tem encontrado impedimentos sobre a obtenção de provas materiais. A internet possibilita, por conta de seu crescimento, a possibilidade de se eliminar vestígios necessários para a comprovação do delito. Tem-se comprovado, que na maioria das vezes estes delitos tem uma certa impunidade, por ser um assunto novo para a prática coercitiva estatal.

Contudo, há uma saída para tudo que vimos até aqui. O Direito e o Estado, juntos, tem trabalhado para a mudança desse. Neste sentido, o provedor de acesso, é desfeito para a constatação da punição desses delitos.

Portanto, é extremamente necessário a existência de mecanismos com maior eficácia em relação as atividades do provedor de acesso, requerendo o armazenamento das informações contidas de cada usuário;

Com efeito, houve uma reunião de ministros da justiça e procuradores dos países integrantes da OEA (Organização dos Estados Americanos), na qual um dos principais temas foi a criação de mecanismos para coibir a ação hacker na Internet.

A OEA, na ocasião afirmava:

"cuidem da segurança dos sites de vocês, senão assim fica mais fácil para os cybercriminosos".

É de extrema importância, a urgência que se faz nesse contexto, porém, não podemos admitir que o Estado, com a justificativa de garantir maior segurança aos usuários da rede, inibe os direitos de liberdade de expressão do cidadão. O Direito ao pretender tutelar o bem jurídico do cidadão precisa acompanhar esta evolução, com a finalidade de possibilitar essa garantia.

De fato, é preciso que se aumentem os debates sobre o tema, pelo Estado, tanto pela sociedade civil no que diz sobre indenizar aquele que sofreu algum dano moral, porque, essa modalidade delituosa não se restringe com a ação dos hackers.

A proteção do bem jurídico virtual não limita-se apenas à produção de uma legislação especial.

## **8. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL MEDIANTE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS**

O meio denominado como rede de internet, é internacional, os seus usuários estão localizados em diferentes partes do mundo, viabilizando a comunicação entre pessoas de diferentes países. Com isso, as práticas dos crimes também aderiram essa praticidade, passando as ameaças a serem mundializadas, permitindo o concurso de agentes que estejam localizados em diferentes países, que podem nem mesmo se conhecer, utilizando-se de recursos tecnológicos para a preparação e execuções de seus crimes.

Devido à multinacionalidade da internet, é precisa haver uma melhor cooperação internacional entre os órgãos judiciários e investigativos de diferentes países que atualmente é burocrática. A cooperação internacional entre os órgãos responsáveis pela persecução penal de diferentes países é hoje, inegavelmente, pois outro método não há para se enfrentar uma nova espécie criminosa que não conhece limites, ou até mesmo se limita a fronteiras.

Na mesma linha, é preciso que o Brasil seja promissor de tratados que envolvam o combate aos crimes virtuais, em razão a Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001, não menos conhecida como Convenção de Budapeste, que é hoje o principal tratado internacional de direito penal e processual penal no dizeres sobre os crimes virtuais e que tem como propósito definir de forma harmônicas entre os países quais os crimes praticados mediante o uso da internet e qual as medidas a serem tomadas para a sua persecução.

## **9. CASO SE TORNE UMA VÍTIMA DE UM CRIME VIRTUAL, COMO AGIR**

Primeiramente a vítima que sofreu um dano com o crime virtual, ou se sentiu lesada, deverá notificar o provedor encarregado pelo site ou rede social em que está postado o conteúdo. A vítima deverá relatar exatamente o ocorrido e o texto da mensagem ofensiva.

Quando for notificada, a empresa tem a obrigação de retirar da página onde se encontra a ofensa ou a rede social e identificar o IP do computador que foi usado pelo agressor.

Contudo, qualquer pessoa que for atingida sempre terá o direito da reparação ao dano causado à sua imagem e de buscar a responsabilização do agressor até mesmo para evitar que ele persista em sua conduta ilícita. Com isso, o indivíduo que tem sua imagem denegrada na internet, tem grande autonomia e está amparado pela Lei, a previsão poderá ser feita pelo Código Penal ou até mesmo, de acordo com o dano sofrido pela vítima, caberá indenização por danos morais, prevista pelo nosso Código Civil Brasileiro.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como finalidade trazer informações básicas sobre procedimentos investigativos usados pelos agentes responsáveis da persecução penal quando os crimes são praticados pelo meio virtual, sendo elas medidas necessárias a toda e qualquer investigação que envolva crimes dessa mais nova modalidade.

Feita uma análise sobre algumas noções acerca de como funciona a internet, bem como informações sobre conceito e classificação dos crimes virtuais, como contra honra, calúnia, difamação, injúria, com o intuito de oferecer ao leitor um melhor entendimento sobre as investigações policiais, as quais o presente artigo trata.

Não há o que duvidar, que a internet nos trouxe uma maior facilidade, tanto no trabalho, como nas diversas áreas do cotidiano do ser humano, e vem acompanhando o crescimento avançado da sociedade. Sendo assim, um instrumento indispensável de acesso à todos.

Entretanto, por mais que esse ambiente tenha todos os benefícios, também é cercado de ameaças e de usuários com más intenções que utilizam-se dela para a prática de suas condutas criminosas. Porém, que sejam tomadas medidas que assegurem que a internet seja constituída em um ambiente saudável e livre de ameaças aos seus usuários.

A legislação nacional demonstrou alguns avanços nos últimos anos no que tange à criação de leis que regulem o mundo virtual, como o Marco Civil da Internet. Porém, ainda é uma legislação necessitada de uma melhor regulamentação e maior precisão técnica, com a finalidade de criar tipos penais específicos aos crimes virtuais para evitar que haja a impunidade dos agentes que se utilizam da internet para a prática de condutas ilícitas.

Urge a necessidade de que os órgãos encarregados pela persecução penal, instruem seus agentes acerca das possibilidades trazidas pelo uso da internet e as ameaças nelas existentes. É necessário que haja uma capacitação técnica especial e exclusiva, para que os preparem para lidar com as situações envolvendo os crimes virtuais, para que possam combater os criminosos virtuais, que sem dúvida alguma estão sempre atualizados dos mecanismos disponíveis na rede para a prática de seus crimes.

Por fim, e não menos importante, é necessário que o Governo adote políticas públicas no sentido de conscientizar a comunidade em geral acerca do correto uso dos serviços disponíveis na internet, como as ameaças existentes e as formas de combatê-las. Certos dos riscos apresentados pelo mal uso da rede, bem como das maneiras pelas quais os criminosos usam para a prática dos atos ilícitos, os usuários estão mais capazes de se defender de agressões virtuais, limitando a probabilidade de êxito das investidas dos criminosos no mundo virtual, pois a prevenção é uma das medidas mais eficazes ao combate dos crimes virtuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002. Acesso em: 10 jan. 2018.

CARDOZO, J. E. **Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública**. Casa Civil, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2018, 14:10:05.

SOARES, S. S. B. **Os crimes contra honra nas perspectiva do ambiente virtual**. Jus, 2016. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/54560/os-crimes-contra-honra-nas-perpectiva-do-ambiente-virtual>>. Acessado em: 11 jan. 2018, 15:00:24.

DINO. **Crimes virtuais afetam 42 milhões de brasileiros.** Estadão, 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,crimes-virtuais-afetam-42-milhoes-de-brasileiros,70001644185>>. Acessado em: 05 fev. 2018, 09:21:43.

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Brasil registra 54 crimes virtuais por minuto.** Jusbrasil, 2012. Disponível em: . Acessado em: 05 fev. 2018, 10:05:31.

FREITAS, LUIZA. **Crimes virtuais disparam no Brasil.** Uol, 2017. Disponível em: . Acessado em: 12 mar. 2018, 08:10:16.

ALVES, LUCIANO; PRADO, BRUNA; ALEIXO, JANAINA. **Responsabilidade civil em crimes virtuais cometidos contra à dignidade da pessoa humana.** JurisWay, 2015. Disponível em: . Acessado em: 12 mar. 2018, 13:25:15.

QUEIROZ, ANDRESSA VERÍSSIMO; ARAÚJO, ANTONIA ALCIMÁRA PAULA. **Ciberdireito crimes cibernéticos contra a honra.** WebArtigos, 2013. Disponível em: . Acessado em: 12 mar. 2018, 14:01:33.

OLIVEIRA, LUIZ G. CARATTI; DANI, MARÍLIA G. SILVA. **Os crimes virtuais e a impunidade real.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: . Acessado em: 02 abr. 2018, 10:55:22.

CORRÊA, GUSTAVO TESTA. **Responsabilidade na rede: quem responde por crimes na internet?.** Internet legal: o direito na tecnologia da informação: doutrina e jurisprudência. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19-23, 26 dez. 1998.

## **A INCONGRUÊNCIA JURÍDICA DA CASSAÇÃO DE MANDATOS POR FRAUDES RELACIONADAS À COTA DE GÊNERO**

### **LUIZ CESAR BARBOSA LOPES:**

Advogado, Consultor Político e Eleitoral, Pós-graduado em Direito Penal, membro da comissão de Direito Político e Eleitoral da OAB/GO, Especialista em Direito Eleitoral, Membro da comissão de Direito Criminal da OAB/GO, MBA em Agronegócio pela UFPR; Especialista em Direito Tributário pela FGV; Membro da Associação Brasileira de Relações Institucionais e Governamentais e Membro associado do Movimento em Defesa da Advocacia - MDA.

As recentes decisões dos regionais eleitorais, muitas endossadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, torna necessária a discussão para compreender em que medida as cotas eleitorais de gênero podem ser entendidas como uma política pública voltada para o incremento da participação feminina na política, ou se as cotas são apenas mais um instrumento derivado do sistema político que apenas conserva as diretrizes delimitadas pela elite política, não havendo qualquer referência que indique um aumento na participação feminina em razão da política pública de cotas de gênero.

É indubitável que a presença cada vez maior de mulheres na política é fundamental para o fortalecimento da democracia. No entanto, a adoção de mecanismos equivocados tendentes a garantir uma maior participação das mulheres na vida política do país pode mascarar a realidade e impedir a adoção de medidas concretas.

Cabe aqui destacar que a política de cotas de gênero no Brasil foi adotada inicialmente nas eleições de 1996 por força da Lei nº 9.100/1995, que regulamentou aquele pleito, sendo que o tema passou a receber tratamento diferenciado quando da edição da Lei nº 9.504/1997, em cujo texto constava que cada partido deveria reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% nas candidaturas para cada sexo. Ocorre que só recentemente foi adotada, pela Lei nº 12.034/2009, uma imposição legislativa mais incisiva, com o intuito de mudar o quadro político.



Assim, a participação das mulheres no processo eleitoral ganhou novo capítulo no momento atual do Brasil, merecendo destaque a Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, cujo art. 10, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.034/2009, também chamada de “minirreforma eleitoral”, estabeleceu os novos termos do que passou a ser denominado de “cota de gênero”, com a seguinte redação:

“Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até 150% do número de lugares a preencher [...].

[...]

§ 3º Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.”

Assim, a cota de gênero nas candidaturas proporcionais passou a constituir condição de registrabilidade do DRAP (Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários), razão pela qual calhou ser obrigatório o atendimento dos limites mínimos e máximos para cada sexo no momento de apresentação do DRAP à Justiça Eleitoral.

Nesse ponto, forçoso concluir que é necessário muito mais do que um formalismo direcionado para a imposição do atendimento às cotas de gênero para que as mulheres tenham seu espaço garantido nos partidos políticos de forma ativa e não simplesmente em números insignificantes e até mesmo artificiais.

A cota de gênero restou estabelecida pelo legislador como se os partidos políticos estabelecessem barreiras impeditivas para a participação das mulheres na vida política do país, quando na verdade há necessidade de uma análise mais aprofundada de todo o contexto que pode levar à conclusão de que as mulheres, quando filiadas, não são ativas, ou evitam fatalmente se envolverem em atividades políticas por puro desinteresse.

Sob esse prisma, a imposição de cota gênero não atende e jamais atenderá a real intenção do legislador, uma vez que para que seja garantida a participação das

mulheres em atividades políticas há a necessidade de se levar em consideração que as posições sociais objetivas interferente profundamente nas preferências subjetivas das mulheres, ou seja, o fato da mulher ocupar uma posição social de exclusão, a sobrecarga em atividades domésticas com jornadas duplas ou triplas, o baixo prestígio no ambiente de trabalho e a predominância dos homens na política pode relegar às mulheres uma percepção de auto exclusão, o que acaba atraindo o sentimento de que elas não são aptas a exercer cargos políticos.

Assim, a imposição de reserva de um percentual mínimo de candidaturas destinada a tornar efetiva a participação das mulheres na política perde o sentido na medida em que não existem mecanismos para que as cotas sejam devidamente preenchidas, o que acaba por exigir profunda alteração nos filtros sociais que cercam a política como forma de incrementar de forma efetiva a democracia com a participação das mulheres.

Outro ponto que merece destaque, diante das premissas expostas acima, é que não há dados relevantes hábeis a demonstrar que os partidos políticos impedem ou impõe obstáculos para a participação das mulheres no processo eleitoral, fato este suficiente para corroborar a conclusão de que o problema ultrapassa a seara do funcionamento do sistema político, haja vista a nítida ausência de mecanismos alheios ao processo eleitoral que possibilite uma alteração da percepção subjetiva das próprias mulheres acerca da importância da participação feminina na vida política.

Assim, do que adianta impor cotas de gênero se não há mecanismos prévios para possibilitar a modificação da percepção das mulheres acerca da necessidade de participar ativamente do processo eleitoral?

A determinação imposta pela legislação acerca da cota gênero acaba causando incongruências no sistema eleitoral, haja vista que exige a participação de no mínimo 30% de um determinado gênero nas candidaturas sob pena de se impor a redução na participação do gênero oposto, o que acaba gerando uma causa de inelegibilidade reversa não prevista pelo constituinte.

Assim, muito além de se impor a reserva de cotas para as mulheres, o legislador deveria se voltar para a imposição de implementação de programas partidários voltados para incentivar a participação das mulheres na vida política, com reserva de fundos específicos para essa finalidade e com a necessária

vinculação de todo o processo eleitoral ao percentual indicado para a cota de gênero.

Não há razão de existir para a cota de gênero sem a implementação de mecanismos que promovam transformações na percepção subjetiva das mulheres de modo a possibilitar uma maior participação feminina nas atividades partidárias, políticas e eleitorais do país.

Definidas as premissas inerentes à imposição de reserva de percentual de candidaturas para atender à cota de gênero, o problema está em definir a delimitação de penalidades no caso de inobservância da cota ou até mesmo no caso de constatação de algum tipo de subterfúgio praticado pela agremiação partidária no intuito de atender a imposição legal.

Ao se considerar que a cota de gênero é uma condição de registrabilidade do DRAP, caso esta condição não seja atendida, deve ser objeto de determinação de emenda para que o número de candidatos seja ajustado. Caso o ajuste não ocorra dentro prazo concedido, o DRAP poderá ser integralmente indeferido.

Não obstante a possibilidade de indeferimento integral do DRAP no momento de seu processamento no juízo eleitoral competente, o problema surge quando há apontamento de inconsistências ou até mesmo de fraudes relacionadas à cota de gênero após o processamento do DRAP.

Com a guinada da orientação jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral a partir do julgamento do RESPE 14-9/PI, processo em que a questão de fundo foi justamente a delicada problemática situação das “candidaturas femininas laranjas” o TSE passou a estabelecer como parâmetro a aceitabilidade de Ações de Impugnação de Mandado Eletivo e Ações de Investigação Judicial Eleitoral no caso de fraudes relacionadas ao DRAP, sendo que no caso de fraude na composição da cota de gênero a AIME passou a ser indicada como instrumento processual ideal para a veiculação da causa de pedir.

Assim, admitida a AIME ou AIJE e provada a fraude na composição da cota de gênero, muitos tribunais passaram a declarar a nulidade do DRAP e, por consequência, a anulação dos registros dos candidatos com a cassação dos diplomas dos suplentes e dos mandatos eletivos dos eleitos.

Dessa feita, patente o problema no tocante à lei de cotas quando o seu descumprimento ocorre por fato superveniente ao processo ou decisão inerente ao registro, ou seja, quando no momento do registro ou da decisão é declarada a regularidade do DRAP, mas há a constatação de que no curso do processo eleitoral houve a prática de fraude para o atendimento da cota de gênero.

Entretanto, a solução apontada no sentido de anular por inteiro a participação do partido infrator (ou coinfrator), decretando-se a nulidade de todos os votos que a legenda recebeu, seja pela coligação, sigla partidária, seja pelos candidatos, se mostra uma medida drástica e que atenta contra o princípio do aproveitamento do voto e, ainda, se mostra violador do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, na medida que deixa de ter como parâmetro o princípio da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos, que no caso em tela não estabelece nenhum tipo de solidariedade para o caso de fraude praticada pelo partido hábil a alcançar o diploma e/ou mandato eletivo.

Assim, o princípio do aproveitamento do voto deve pautar a atuação da Justiça Eleitoral, de forma a preservar a soberania popular, a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos, evitando a nulidade de votos quando se verificar a possibilidade, pela adoção do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de separação dos votos nulos dos válidos (não contaminados pela fraude).

Assim, não há razoabilidade no ato de anular todos os registros dos candidatos com a consequente cassação dos diplomas dos suplentes e dos mandatos eletivos dos eleitos em razão de fraude imputada à coligação ou partido político, uma vez não haver espaço na seara do processo eleitoral para o instituto da responsabilidade objetiva. Ademais, havendo fracionamento do ato apontado como fraudulento, se mostra viável a possibilidade de decote do ato eivado de vício de nulidade para fins de se evitar que o todo seja contaminado, permitindo, assim, a preservação da soberania popular, da apuração dos votos e da diplomação dos eleitos.

Considerar a hipótese de anulação de todos os registros de candidaturas em razão de fraude relacionada à cota de gênero pode levar ao absurdo de se cancelar os registros de candidaturas legítimos de candidatas mulheres ou até mesmo a decisão teratológica de se cassar os diplomas ou mandatos de mulheres legitimamente eleitas, tudo sob o argumento de se resguardar a cota de gênero.

Ora, se mostra razoável e proporcional anular os registros de todas as candidaturas legítimas com a consequente cassação dos diplomas e mandatos legítimos, inclusive de mulheres, sob o argumento de comprovação de fraude violadora da cota de gênero praticada por coligação ou partido político?

Oportuno afirmar que a norma jurídica não é um fim em si mesma, não podendo ser interpretada de modo estanque, dissociada do sistema jurídico e das ciências sociais que compõem o conglomerado que se denomina de Direito. A interpretação da norma deve derivar dos anseios de determinada coletividade, do desiderato de pacificação social, da vontade de se atingir a verdadeira justiça social, da prevalência dos valores maiores que deu origem à norma.

Portanto, no caso de constatação de fraude non DRAP relacionada à cota de gênero, não há razão que justifique a anulação de todas as candidaturas registradas legitimamente e, muito menos, para a cassação dos diplomas ou mandatos daqueles que legitimamente lograram êxito através da soberania popular.

Assim, a interpretação da norma que estabelece a cota gênero exige que a responsabilização decorrente da prática de fraude voltada a violar a cota de gênero não recaia indistintamente sobre todos que se lançam no processo eleitoral, devendo haver individualização hábil a permitir a responsabilização pela prática de fraude.

Diante de toda a celeuma que envolve a questão da cota de gênero, uma medida que se alinha aos princípios da soberania do voto, do aproveitamento do voto, da razoabilidade e proporcionalidade, é aquela que decota o ato fraudulento oriundo de fato superveniente ao processo ou decisão inerente ao registro, possibilitando o aproveitamento do resultado das urnas entre os candidatos que, ao fim, disputaram de fato e de direitos cargos eletivos, mas respeitada a proporção de cotas referentes aos candidatos que efetivamente estavam autorizados a concorrer, tudo de forma a limitar a nulidade apenas aos nomes excedentes, não amparados pela ausência de candidatas mulheres ou, no caso daquelas cuja fraude nos registros de candidaturas restaram comprovadas.

Assim, se apenas três candidatos homens estariam legitimados a participar do certame, os três mais votados têm seus respectivos votos validados, anulando-se apenas os demais, sem prejuízo da manutenção dos votos destinados à única

mulher remanescente, com o recálculo do quociente partidário e respectivo reflexo no quociente eleitoral, garantindo, dessa forma, o prestígio à lei eleitoral e o repúdio à prática de atos de burla e infração à lei de cotas e, ainda, a valorização da vontade do eleitor que fez sua opção de voto, sempre prezando pelo que é considerado lícito e legítimo dentro do processo eleitoral.

---

LUIZ CESAR B. LOPES,

Consultor Político e Eleitoral, Pós-graduado em Direito Penal, membro da comissão de Direito Político e Eleitoral da OAB/GO, Especialista em Direito Eleitoral, Membro da comissão de Direito Criminal da OAB/GO, Pós-Graduando em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC-Minas Gerais; Pós-graduando em Direito Agrário - PROORDEM; MBA em Agronegócio pela UFPR; Especialista em Direito Tributário pela FGV; Membro associado do Movimento em Defesa da Advocacia - MDA.

## O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

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

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade a discussão dos desafios do Direito Internacional Humanitário que precisam ser resolvidos pela comunidade internacional em áreas como terrorismo, detenções, conduta de hostilidades, ocupação e sanções. A necessidade da promoção da paz, da moderação e da humanização durante os conflitos armados. Aumentar a efetividade e o respeito ao DIH, como por exemplo, educar as Forças Armadas, assim como todos os indivíduos. Punir sempre que houver necessidade todos que não cumprirem as regras de pacificação, em especial violações contra as Convenções de Genebra e os Protocolos Adicionais.

**Palavras-chave:** Desafios; Pacificação; Direito Internacional Humanitário.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the challenges of international humanitarian law that need to be addressed by the international community in areas such as terrorism, arrests, hostilities, occupation and sanctions. The need to promote peace, moderation and humanization during armed conflicts. Increase effectiveness and respect for IHL, such as educating the Armed Forces, as well as all individuals. To punish whenever necessary all those who do not comply with the rules of pacification, in particular violations of the Geneva Conventions and Additional Protocols.

**Keywords:** Challenges, Pacification, International Humanitarian Law.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como finalidad la discusión de los desafíos del derecho internacional humanitario que necesitan ser resueltos por la comunidad internacional en áreas como terrorismo, detenciones, conducta de hostilidades, ocupación y sanciones. La necesidad de promover la paz, la moderación y la humanización durante los conflictos armados. Aumentar la efectividad y el respeto al DIH, como por ejemplo, educar a las Fuerzas Armadas, así como a todos los individuos. Sancionar siempre que haya necesidad de todos los que no cumplen las reglas de pacificación, en particular violaciones a los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales.

**Palabras clave:** Desafíos, Pacificación, Derecho Internacional Humanitario.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Humanitário ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) é um conjunto de leis que protege pessoas em tempos de conflitos armados. É composto pelas leis das Convenções de Genebra e da Convenção de Haia. Suas leis dizem respeito aos países em conflito, aos países neutros, aos indivíduos envolvidos nos conflitos, a relação entre eles e a proteção dos civis.

O Direito Internacional Humanitário faz parte do Direito Internacional que rege as relações entre Estados e que é constituído por acordos concluídos entre Estados – geralmente designados por tratados ou convenções – assim como pelos princípios gerais e costumes que os Estados aceitam como obrigações legais.

As origens do Direito Internacional Humanitário podem ser encontradas nos códigos e regras de religiões e nas culturas do mundo inteiro. O desenvolvimento moderno do Direito teve início na década de 1860; desde essa altura, os Estados acordaram numa série de normas práticas, baseadas na dura experiência da guerra moderna, que refletem num delicado equilíbrio entre as preocupações humanitárias e as necessidades militares dos Estados. Com o crescimento da comunidade internacional, aumentou igualmente o número de Estados em todo o mundo que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário, que pode hoje em dia ser considerado como um sistema de Direito verdadeiramente universal.

Uma parte considerável do Direito Internacional Humanitário encontra-se nas quatro Convenções de Genebra de 1949. Quase todos os países do mundo aceitaram a vinculação às Convenções, que foram desenvolvidas e completadas por mais dois acordos – os Protocolos Adicionais de 1977.

Existem ainda vários acordos que proíbem o uso de certas armas e táticas militares, entre as quais as Convenções de Haia de 1907, a Convenção das Armas Bacteriológicas (Biológicas) de 1972, a Convenção das Armas Convencionais de



1980 e a Convenção das Armas Químicas de 1993. A Convenção de Haia de 1954 protege o patrimônio cultural em tempo de conflito armado.

Hoje em dia, muitas das normas do Direito Internacional Humanitário são aceitas como Direito Consuetudinário, ou seja, como regras gerais que se aplicam a todos os Estados.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O Direito Internacional Humanitário abrange duas áreas: 1 - A proteção das pessoas que não participaram ou que deixaram de participar nas hostilidades; 2 - O conjunto das restrições dos meios de combate (especialmente armas), bem como dos métodos de combate tais como táticas militares.

O Direito Internacional Humanitário protege as pessoas que não participam no combate, tais como aqueles que foram feridos ou que naufragaram, que estão doentes ou que foram feitos prisioneiros de guerra.

As pessoas protegidas não devem ser atacadas; não se lhes deve infligir maus-tratos físicos ou tratamento degradantes; os feridos e doentes devem ser recolhidos e tratados. Existem normas específicas que se aplicam aos indivíduos que foram feitos prisioneiros ou que foram detidos; tais normas incluem a provisão de alimentação adequada, abrigo idôneo, assim como garantias jurídicas.

Certos locais e objetos, tais como hospitais e ambulâncias estão igualmente protegidos e não devem ser atacados. O Direito Internacional Humanitário estabelece uma série de emblemas e sinais, facilmente reconhecíveis, entre os quais a cruz vermelha e o crescente vermelho. Eles podem ser utilizados para identificar pessoas e locais protegidos.

O Direito Internacional Humanitário proíbe todos os meios e métodos de combate que: 1) não discriminem entre as pessoas que participam nas hostilidades e as pessoas que, tal como os civis, não participam nelas; 2) causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; 3) causem danos graves ou duradouros ao meio ambiente.

O Direito Internacional Humanitário proibiu assim o uso de muitas armas, entre as quais as balas explosivas, armas químicas e biológicas, assim como armas a laser que provocam cegueira.

O Direito Internacional Humanitário aplica-se apenas a conflitos armados. Não abrange os distúrbios internos tais como atos isolados de violência, nem regulamenta se um estado pode ou não utilizar a força. Este aspecto é regido por uma parte importante, mas distinta, do Direito Internacional, que consta na Carta das Nações Unidas. O Direito Internacional só é aplicável após o início de um conflito e aplica-se uniformemente a todas as partes, independentemente de quem começou as hostilidades.

O Direito Internacional Humanitário distingue entre conflitos armados internacionais e conflitos armados internos. Os conflitos armados internacionais são aqueles em que estão envolvidos pelo menos dois Estados; são objeto de um vasto conjunto de normas que incluem as que constam nas quatro Convenções de Genebra e no primeiro Protocolo Adicional. No entanto, da mesma forma que nos conflitos armados internacionais, num conflito armado interno todas as partes devem agir em conformidade com o Direito Internacional Humanitário.

É importante distinguir entre Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Embora algumas das suas normas sejam idênticas, estes dois corpos de Direito desenvolveram -se separadamente e constam em tratados diferentes. Em particular, contrariamente ao que acontece no Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos aplica-se em tempo de paz e muitas das suas disposições podem ser suspensas durante um conflito armado.

Infelizmente, existem inúmeros exemplos de violações do Direito Internacional Humanitário em conflitos em várias partes do mundo. As pessoas civis encontram-se em número cada vez maior entre as vítimas das hostilidades. No entanto, existem casos importantes em que, graças ao Direito Internacional Humanitário, foi possível uma proteção de pessoas civis, prisioneiros, doentes e feridos, assim como restrições no uso de armas bárbaras. Dada as circunstâncias de trauma extremo inerentes à aplicação do Direito Internacional Humanitário, ela far-se-á sempre com grandes dificuldades. Uma aplicação efetiva continua a ser extremamente urgente.

Foram elaboradas algumas medidas para promover o respeito do Direito Internacional Humanitário. Os Estados têm a obrigação de educar as suas Forças Armadas, assim como o público em geral, acerca das normas de Direito Internacional Humanitário.

Devem evitar e punir, sempre que seja necessário, todas as violações do Direito Internacional Humanitário. Em especial, devem promulgar leis para punir as violações mais graves das Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais que são consideradas crimes de guerra. Foram igualmente tomadas medidas a nível internacional: criaram-se tribunais para punir atos cometidos em dois conflitos recentes e está a ser examinada a possibilidade de criar um tribunal internacional permanente, com competência para punir crimes de guerra.

Seja por intermédio de Governos e organizações, seja como pessoas individuais, todos nós podemos contribuir significativamente para a aplicação do Direito Internacional Humanitário.

Naturalmente, um dos principais grupos que literalmente carregam o estandarte dos Direitos Humanitários ao redor do mundo é a Cruz Vermelha. A associação fora fundada em 1863 teve como sede Genebra, localizada na Suíça. Seus membros fundadores foram cinco grandes famílias que se uniram em uma conferência para trazer propostas de como auxiliar os soldados que, dado recentes eventos com a Batalha de Solferino onde dezenas de milhares morreram e outros tantos ficaram feridos devido às novas tecnologias de artilharia, precisavam de alguma forma de suporte. Os resultados desta primeira reunião proporcionariam regras que hoje nos são quase intuitivas, inclusive na proteção de civis:

Qualquer indivíduo que não esteja em combate ou que não esteja de alguma forma direta participando das hostilidades, precisam ser protegidos.

Os doentes e feridos deverão receber os devidos cuidados independentemente do lado dos conflitantes que os tiver em posse.

Prisioneiros devem ser protegidos contra atos de represália e violência, como tortura e humilhações que afetem sua dignidade como ser humano.

Esta organização é a mais antiga dos Movimentos de Sociedades Nacionais, além daquela com mais prestígio. É uma das organizações mais reconhecidas do mundo e venceu três Prêmios Nobel da Paz, em 1917, 1944 e 1963. Podemos ver o resultado e esforço de seu trabalho em inúmeros países. Atualmente os principais centros de operação do grupo são localizados no Afeganistão, Iraque, Nigéria, Sudão do Sul, Síria, Ucrânia e Iêmen, mas não limitados a estes. É importante notar sua participação ativa no auxílio e na gestão do número colossal de indivíduos desabrigados e deslocados de suas anteriores zonas devido aos conflitos recentes na Síria. Já se trata de 6,5 milhões de pessoas de acordo com a organização, além dos mais de 3 milhões de pessoas que buscam ajuda em campos para refugiados nos países vizinhos, como Líbia, Turquia, Jordânia e Iraque.

Por fim, dado a presença do direito humanitário, uma das regras que se tornaram um elemento de discussão importante ao longo das últimas décadas, particularmente ao longo do período da Guerra Fria (1945-1991), fora aquela que determina que as partes pertencentes a um conflito possuam limites quanto aos meios que podem ser utilizados em termos de material bélico. Nesse sentido, as próprias declarações de guerra precisam ser compostas de alguma forma e precisam passar por determinados critérios para que sejam consideradas legítimas.

É evidente que este tipo de intervencionismo possui um coral de críticos consideravelmente extenso. Em primeiro lugar é preciso considerar que um país que se disponibiliza a atender as demandas citadas, compromete não apenas o seu capital, para cuidar por exemplo de soldados inimigos feridos, ou mesmo para organizar abrigos improvisados e campos de refugiados, mas sim compromete a sua própria soberania nacional. A partir do momento em que um país assina um tratado se comprometendo a limitar suas ações no campo de batalha, mesmo que este país tivesse totais capacidades para criar e produzir armamentos que são hoje proibidos por estes tratados internacionais, ele está cedendo parte do seu direito de buscar a qualquer custo a preservação de sua integridade, logo, sua soberania sobre seu próprio território.

Infelizmente, existem inúmeros exemplos de violações do direito internacional humanitário em diversos conflitos ao redor do mundo. A população civil encontra-se, cada vez mais, como as vítimas das hostilidades. No entanto, é importante mencionar a existência de casos importantes em que, graças ao Direito Internacional Humanitário, foi possível uma proteção de pessoas civis, prisioneiros,

doentes e feridos, assim como restrições no uso de armas nefastas. Dada as circunstâncias de trauma extremo inerentes à aplicação do direito humanitário, o mesmo estará sempre com grandes dificuldades. Sendo assim, é fundamental uma aplicação efetiva e contínua do direito humanitário para o mesmo deseje atingir seus objetivos em questão. Devem evitar e punir, sempre que seja necessário, todas as violações do direito internacional humanitário, especialmente a promulgação de leis que servem para punir as violações mais graves das Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais (como os crimes de guerra). Em nível atual, observou-se a criação de tribunais para punir atos cometidos em conflitos recentes além de discussões sobre possibilidade de criação de um tribunal internacional permanente, tendo como competência uma punição mais efetiva para crimes de guerra.

No dia 03 de outubro de 2015, um ataque aéreo dos EUA atingiu um hospital da organização Médicos Sem Fronteiras (MSF) na cidade de Kunduz, no Afeganistão, e provocou cerca de quarenta mortes, incluindo pacientes e médicos. A cidade é cenário de conflitos entre o grupo Talibã e o governo afegão – apoiado pelos EUA. Recentemente, no dia 29 de abril, o general Joseph Votel, do Comando Central das Forças Armadas dos EUA, declarou que o ataque comandado pelo país foi um incidente, mas não um crime de guerra, visto que não houve a intenção de atacar o hospital e causar mortes. Segundo a versão do governo estadunidense, uma combinação de falhas humanas e técnicas fez com que o hospital fosse confundido com um edifício controlado pelo Talibã.

Os militares estadunidenses envolvidos no ocorrido receberam punições administrativas, como suspensão e retirada de comando e cartas de reprovação, entretanto não receberam acusações criminais, uma vez que foi considerado que eles não sabiam que estavam atacando uma instalação médica. Além disso, o Pentágono anunciou que indenizará as vítimas dos ataques e seus familiares.

Enquanto os EUA defendem a versão de que não houve intencionalidade nos atos, o chefe de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), Zeid Ra'ad al-Hussein, classificou o ataque como trágico, indesculpável e possivelmente até criminoso.

A situação não se restringe somente ao Afeganistão. No dia 26 de outubro de 2015, um hospital do MSF foi atacado no Iêmen pela coalizão liderada pela Arábia Saudita. Entre os dias 7 e 10 de agosto de 2015, nove hospitais sofreram ataques na

Síria e no dia 28 de abril mais um hospital foi atingido no país. O governo sírio e a Rússia foram apontados como autores dos ataques – o que eles negaram. Independentemente dos julgamentos que ainda podem ocorrer a fim de punir tais atos, todos esses casos chamam a atenção para os frequentes ataques a civis nos conflitos atuais.

As convenções estabelecidas nem sempre conseguem abarcar toda a complexidade dos conflitos armados. As normas previstas no DIH foram acordadas entre Estados, portanto os atores estatais estabeleceram um compromisso formal de respeitar a legislação que determina os crimes de guerra. Trata-se, pois, de um conjunto de normas estabelecidas por Estados e para Estados. Na prática, o que ocorre é que os conflitos não contam com a participação apenas de atores estatais. A diversidade de atores não-estatais que empregam a força – como grupos terroristas, grupos paramilitares e empresas militares privadas que, muitas vezes, são transnacionais – não é novidade nos conflitos armados e se torna cada vez mais evidente. Diante desse cenário, há uma dificuldade de fazer com que eles também se comprometam com o respeito às normas que regulam os conflitos armados. Muitos grupos não-estatais – como os grupos terroristas – têm como objetivo justamente atacar civis para disseminar um sentimento de medo e terror, o que infringe diretamente o DIH. O desafio dos instrumentos jurídicos é enquadrar esses grupos e seus indivíduos para que respondam criminalmente, assim as violações cometidas seriam julgadas e condenadas em tribunais – sejam tribunais nacionais, ad hoc ou o Tribunal Penal Internacional.

Não é apenas a diversidade de atores que dificulta a proteção dos civis. O caso do ataque ao hospital no Afeganistão demonstra que forças armadas regulares também oferecem riscos à população civil devido, sobretudo, à utilização de tecnologias que distanciam cada vez mais o combatente do campo de batalha. Os ataques aéreos permitem a destruição de alvos militares, contudo constituem um problema quando atingem alvos civis. Independentemente desses ataques serem intencionais ou resultado de uma falha técnica, é fato que eles causam grandes impactos na população civil. Quando falamos de Veículos Aéreos Não Tripulados (os drones) os danos também são preocupantes. Embora exista a possibilidade de se fazer um ataque preciso com os drones, atingindo somente alvos militares e poupando os civis, isso nem sempre é verificado na prática. Essa tecnologia faz com que haja uma desconexão física e emocional do piloto com o campo de batalha. Tal afastamento pode levar a uma banalização da violência que atinge, de

forma desproporcional, os civis. Desse modo, diversos atores estatais também são responsáveis por atingir a população civil durante conflitos armados ao usarem tecnologias de forma indiscriminada, sem o devido cuidado com as normas internacionais.

A existência de um mecanismo de sanções no direito internacional humanitário condiciona, de maneira fundamental, a sua eficácia. O seu propósito é punitivo como o de todo o sistema de sanções, mas esta estrutura também tem um propósito preventivo, pois a sua introdução no direito interno dos Estados, condiciona a sua influência sobre os comportamentos das pessoas e sobre a atuação do próprio Estado, para, ao mesmo tempo, castigar e advertir.

O sistema sanciona duas categorias de infrações. O primeiro tipo de infração que os Estados têm de sancionar são as inobservâncias e os atos contrários às disposições das Convenções e dos Protocolos. As ações das quais o direito internacional humanitário dispõe, a respeito deste tipo de infração, são idênticas às contidas no direito internacional público geral para com as inobservâncias, os atos contrários e as violações dos tratados internacionais. Significa que, no direito interno dos Estados, estas atuações são passíveis de sanções administrativas, disciplinares ou judiciais, e que, em nível internacional, são aplicados os mecanismos da responsabilidade internacional em matéria de não cumprimento dos tratados. A obrigação principal do Estado consiste, pois, em tomar todas as medidas necessárias para que cesse o comportamento contrário ou violatório dessas disposições.

Em segundo lugar, existe um sistema próprio do direito de Genebra, conhecido como das "Infrações graves", as quais são classificadas *ipso facto*, como "crimes de guerra": trata-se das violações que, do ponto de vista dos autores dos instrumentos humanitários, representam um perigo especialmente grave e que, ao ficarem impunes, implicariam a total falência do sistema.

Entende-se por "infrações graves" quaisquer dos atos que as Convenções e o Protocolo 1 enumerem como tais, de maneira exaustiva, o que significa que a classificação de um comportamento que constituía um crime de guerra, opera-se pelo próprio dispositivo dos tratados.

As autoridades devem então se comprometer a julgar as pessoas acusadas de ter cometido as infrações, seja por via de modo comissivo, ou por omissão, contrária a um dever de atuar. Destas autoridades, os chefes militares têm a obrigação particular de zelar por impedir as infrações constitutivas dos crimes de guerra, assim como reprimi-las e denunciá-las, em caso contrário, aos órgãos competentes.

Deve-se enfatizar, também, o princípio da responsabilidade individual, consagrado por este direito no caso dos crimes de guerra. Este princípio se opõe à subtração da responsabilidade de uma pessoa com motivo de ter atuado como representante de um órgão do Estado, cumprindo com as ordens superiores, de modo a extrair-se da sua culpabilidade.

Por outro lado, a respeito dos crimes de guerra, institui-se, no sistema de Genebra, o recurso a chamada "competência penal universal" do conjunto dos Estados Partes nos tratados de Genebra.

A consequência deste sistema universal de sanção, que obriga o Estado que não tenha feito comparecer o acusado dos crimes de guerra perante os seus próprios tribunais, a extraditá-lo para que seja julgado, sob todas as garantias do devido processo judicial, teoricamente exclui a possibilidade de que os crimes de guerra fiquem sem o apropriado julgamento. Essa regra de "julgar ou dar a julgar" garante então, em princípio, a universalidade do funcionamento do aparato repressivo previsto pelos tratados de Genebra.

Na realidade, vemos que o funcionamento deste sistema de sanções do direito internacional depende inteiramente da vontade política dos Estados. Não se trata nem da imperfeição, nem das carências jurídicas daquele sistema de sanção, mas sim, somente, dos meios de implementá-lo no direito interno, e fazê-lo respeitar nas relações internacionais.

Aliás, em nenhum sistema jurídico consideram-se as violações como provas de que as leis contra as quais atentam não são necessárias. Pelo contrário, para violar uma norma, é imprescindível que ela exista, e, no estado atual do direito humanitário, já não faltam regras desta natureza, mas sim, somos testemunhas disso a cada dia, a vontade política de observá-las e de cumprir com elas.



Quanto à instituição do sistema da "sanção universal", não prejudica ele a possibilidade de criação de tribunais internacionais ad hoc com competência de conhecer infrações ao direito humanitário, tal como os instituídos após a II Guerra Mundial, e mais recentemente para a ex-Iugoslávia e Ruanda, nem a de reconhecer a competência, em matéria de aplicação do DIH, aos tribunais internacionais existentes como a Corte Internacional de Justiça da Haia, por exemplo.

O DIH é, não devemos esquecê-lo, um direito dos Estados, embora o impulso da sua codificação moderna e do seu desenvolvimento tenha sido amplamente promovido pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Consequentemente, se bem as fontes de inspiração do DIH são de índole filantrópica, as normas positivas dos seus tratados, negociados pelos plenipotenciários dos Estados Partes, resultam muitas vezes imbuídas de raciocínios próprios da "razão de Estado", na qual os "imperativos de humanidade", que constituem a pedra angular do sistema, são temperados por considerações induzidas pelas "necessidades militares".

Em contrapartida, o fiel cumprimento de um código baseado em conceitos que diferenciam a civilização da barbárie, não pode, e nunca deve ser interpretado, como uma debilidade ou uma concessão frente a um adversário. Bem entendido e inteligentemente aplicado, o direito humanitário, cujo sentido profundo não representa senão a expressão mínima do respeito devido a dignidade inerente a todo ser humano, não atrapalha de maneira alguma a tarefa cumprida pelas forças armadas e forças de ordem para defender a segurança de uma sociedade ou de um país.

Aliás, uma autoridade que chega a demonstrar à população que sua luta se realiza na estrita legalidade, evidenciará sempre a sua solvência moral e seu sentido ético, podendo assim ganhar a confiança e o apoio dos cidadãos, sem os quais nunca se pode obter uma vitória definitiva, nem estabelecer uma paz justa e duradoura.

Finalmente, devemos nos convencer, hoje mais do que nunca, que o DIH constitui um verdadeiro patrimônio comum da humanidade, que, dado seu caráter universal, há de proteger o mundo contra um caos total e contra atrocidades sem limites. É por este motivo que o artigo 1 comum às quatro Convenções de Genebra

recorda a responsabilidade coletiva do conjunto das nações, não só para que elas "respeitem" as suas normas, quando diretamente implicadas numa situação de conflito armado, senão também para que elas as "façam respeitar", pelas partes envolvidas em qualquer conflito, sob pena e risco de se ver gradualmente desvanecer um edifício jurídico e moral pacientemente construído, que bem poderia se tomar, algum dia, o nosso último baluarte contra a loucura destruidora do ser humano.

A República Federativa do Brasil ratificou em 29 de junho de 1957 as Convenções de Genebra de 1949 e aderiu em 05.05.1992, aos seus dois Protocolos Adicionais de 1977. Esses instrumentos contêm um conjunto de regras internacionais destinadas a dar proteção às vítimas dos conflitos armados.

Hoje, a quase totalidade dos países do mundo (185 países) são Partes nessas Convenções e por isso, se comprometeram a "respeitar e fazer respeitar" as suas regras, conforme consta expressamente em seu texto, e, com esta finalidade especial, dá-las a conhecer em suas Forças Armadas. O objetivo da presente seção é o de permitir aos oficiais, aos quais se destina, melhorar o seu conhecimento das regras humanitárias existentes, e dar a conhecer as regras essenciais de comportamento aos seus subordinados, os quais deverão de receber instruções simples e precisas, por meio do texto que segue, assim como dos comentários que o acompanham.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Existe atualmente uma grande quantidade de desafios para o Direito Internacional Humanitário que precisam ser resolvidos pela comunidade internacional em áreas como terrorismo, detenções, conduta de hostilidades, ocupação e sanções. Porém, há muitos casos em que esse direito se fez presente ao possibilitar maior proteção aos civis, doentes, feridos, mulheres, crianças, entre outros. Sabe-se que é muito difícil colocar em prática todas essas normas, visto que há inúmeras circunstâncias em que comprometem as relações entre os Estados.

A necessidade do Direito Internacional Humanitário para a promoção da paz, da moderação e da humanização durante os conflitos armados. Algumas iniciativas são impostas aos Estados com o objetivo de aumentar a efetividade e o respeito ao DIH, como por exemplo, educar as Forças Armadas, assim como todos os indivíduos. Devem punir sempre que houver necessidade todos que não cumprirem

as regras de pacificação, em especial violações contra as Convenções de Genebra e os Protocolos Adicionais.

## **REFERÊNCIAS**

ALBERICO, Gentili. **O Direito da Guerra. Coleção Clássicos do Direito Internacional**, 2ª edição, 2006.

CAMPOS, Camila. **O Surgimento e a Evolução do Direito Humanitário**. Universidade de Brasília (UNB): Departamento de Relações Internacionais, 2008.

DEYRA, Michel. **Direito Internacional Humanitário**. Procuradoria Geral da República: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, ed.1, 2009.

KISSINGER, Henry. **Diplomacia. Touchstone Books**, Nova Iorque, ed.1, pag 103-136, 1994.

## A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO, OVERRULING, MUTAÇÃO DO ART. 52, X CF/88

**TIAGO BALTAZAR FERREIRA DANTAS:** Pós-graduado em Penal e Processo Penal, cursando MBA em Direito Público, servidor público estadual (Agente de Polícia no Estado do Espírito Santo).

**Resumo:** O STF (Supremo Tribunal Federal), no julgamento das ADI's 3406/RJ e 3470/RJ de relatoria da Min. Rosa Weber, ventilado no informativo 886, deu nova interpretação ao Art. 52, X CRFB/88, no sentido de seus julgados, no controle difuso expandir a eficácia da decisão para todos com efeito vinculante. Adotando a mutação constitucional da norma ocasionando um *overruling*.

**Palavras-chave:** Abstrativização do controle difuso. Efeito vinculante. Mutação Constitucional.[\[1\]](#)

---

### I INTRODUÇÃO

Nosso trabalho vem abordar a evolução da jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal), no tema controle de constitucionalidade, mais precisamente dos efeitos no controle difuso.

O título desse trabalho tem como fonte a própria jurisprudência do STF, que há diversas expressões sinônimas para o mesmo sentido. Ora é denominado abstrativização do controle difuso, ora mutação constitucional - *Verfassungswandlung* (uma reforma da constituição sem a modificação de seu texto).

Algumas palavras sobre o conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) são relevantes na parte inicial desse trabalho.

Traduz a ideia de modificação do sentido do texto sem alteração formal do que está expresso na constituição. A tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX. (STRECK, LIMA e OLIVEIRA, 2008).

De acordo com Lênio Streck, essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (1895) e Jellinek (1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (1932).

Ainda o professor Lênio (2008) entende que “na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha Staatsrechtslehre do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática”.

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.

A jurisprudência do STF afastava a tese da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, porém dois de seus Ministros, Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, entendiam que o papel do Senado Federal era apenas para dar publicidade as decisões em controle difuso proferidas pela própria corte, isto é, quando o controle de constitucionalidade difuso fosse realizado pelo próprio Supremo, os efeitos da decisão deveria ser *erga omnes*, ou seja, deveria ter uma eficácia para todos e não apenas interpartes. Porém, não foi o que prevaleceu naquela oportunidade.

Insta consignar que houve mudança na composição da corte de uns anos para cá. Foi aprovada a nomeação de dois grande juristas/doutrinadores para integrarem o Supremo Tribunal Federal, sendo um deles, um dos maiores constitucionalistas do Direito brasileiro, o professor e hoje Min. Luis Roberto Barroso, que inclusive, tem livro sobre a temática Controle de Constitucionalidade, que adere a tese da abstrativização no controle difuso.

Outro jurista de grande relevância agregou o quadro do STF foi o Min. Luis Edson Fachin, também aderente da tese da abstrativização, como veremos ao longo do trabalho.

A finalidade desta pesquisa é trazer à baila a *ratio decidendi* deste julgado paradigmático na jurisprudência do STF.

Nas decisões da corte em controle abstrato os efeitos da decisão alcançam a todos que estejam na mesma situação jurídica, entretanto as decisões em controle incidental os efeitos aproveita apenas quem é parte na relação jurídico-processual, ainda que esta decisão seja proferida pelo garantidor da constituição que é o STF.

Sendo assim, havia dissídio entre os ministros que compunha a corte, uns entendiam que a eficácia deveria alcançar a todos, independentemente da atuação do Senado para suspender o ato normativo declarado inconstitucional, outros não aderiam a tese, causando, assim uma insegurança jurídica.

O tema tem grande valia pois esclarece o assunto relevante jurídica e salienta como a jurisprudência moderna do STF é dinâmica, considerando que o que é hoje afastado por uma composição atual, pode amanhã ser modificado o entendimento.

Usamos como fonte para a confecção desse trabalho, o próprio *leading case* do STF, assim como diversas bibliografias de doutrinadores que explanam com propriedade sobre o assunto.

Preliminarmente foi feita uma vasta pesquisa de autores do Direito Constitucional e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Lemos vários livros no assunto abstrativização, mutação constitucional e alguns artigos.

Percebemos que havia uma grande divergência na doutrina. Contudo, ao que nos pareceu que na doutrina a tese de sua aplicação era majoritária. Sem embargos das posições divergentes, acertada a posição majoritária da doutrina.

O controle de constitucionalidade tem por escopo garantir a supremacia da constituição e a defesa das normas constitucionais, frente a possíveis afrontas na edição das normas. Trata-se de verificação de compatibilidade da edição de normas constitucionais para com a Constituição na edição das normas infraconstitucionais.

Segundo doutrina majoritária, o controle se apresenta como análise de parametricidade entre a legislação infraconstitucionais e a Constituição.

## **2 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO - OVERRULING**

A Finalidade deste trabalho não é explorar os conceitos tradicionais ou aprofundar nas espécies sobre controle de constitucionalidade, seja no controle difuso seja no controle concentrado, e sim explanar sobre a mutação que o STF deu ao art.52, X CRFB/88, quando das ADI's.

Conquanto não seja objeto desta monografia discorrer sobre as espécies como dissemos alhures, compete-nos a realizar alguns apontamentos sobre os sistemas de controle de constitucionalidade das normas no Brasil.

Podemos abordar as principais matrizes (sistemas) existentes mundialmente em três:

- a) Matriz americana (1803);
- b) Matriz austríaca (1920);
- c) Matriz francesa (1958).

A matriz americana tem como marco o caso Marbury X Medison, julgado em 1803 pela corte americana. No julgado restou consignado que a supremacia da Constituição e a criação do controle de constitucionalidade das leis. Tem como características:

a) O controle dos atos normativos em relação à constituição seria feito pelo Poder Judiciário e, no caso o americano, por todos os juízes e tribunais, ou seja, conhecido como hoje em dia de controle difuso. Significa que qualquer juiz ou tribunal pode realizar o controle de constitucionalidade, *in concretum*, ou seja, não será o pedido principal da ação e sim será a causa de pedir, num processo subjetivo, onde há partes e lide;

b) Esse controle era realizado de modo incidental, ou seja, eram casos concretos a serem resolvidos pelo Poder Judiciário no desenvolvimento da função jurisdicional. Gerando efeitos tradicionalmente intitulados de interpartes;

c) No que tange à perspectiva temporal, geraria efeitos *ex tunc* (retroativos), porquanto os atos normativos eram tidos como inconstitucionais *ab initio*, ou seja, desde o seu nascedouro. Neste diapasão a decisão é meramente declaratória.

O segundo sistema é de origem austríaca, que tem como expoente Hans Kelsen. Nesse sistema de controle é realizado pelo Poder Judiciário, atuando como legislador negativo, tendo como características:

a) A criação de um órgão próprio para apreciar o controle de constitucionalidade, que, diga-se, é o único órgão com a legitimidade para a verificação de compatibilidade de leis ou atos normativos frente a constituição. Por isso chama-se de controle concentrado. No caso do Brasil o órgão responsável é o STF (Supremo Tribunal Federal);

b) Esse controle é realizado de forma direta, principal, o órgão responsável para verificar a compatibilidade das normas, verifica, *in tese*, se há contrariedade entre as leis/atos normativos contraria ou não a Constituição. Não havendo, assim uma lide no caso concreto, é realizado abstratamente um processo objetivo, que tem como efeito da decisão *erga omnes*, isto é, vale para todos;

c) Sob a perspectiva temporal geraria efeitos *ex nunc*, efeitos prospectivos, isto é, a norma inconstitucional é anulável e os atos praticados sob a égide da lei, devem ser considerados válidos, até que seja fulminado do ordenamento jurídico.

E, por fim, surgiu o sistema Francês, que foi desenvolvido a partir da Constituição da V República da França de 1958. Tal sistema, em tese, não tem o Poder Judiciário como órgão central de controle, mas um órgão político, com formação eminentemente política, sendo Conselho Constitucional. Tem como características:

a) Em regra esse controle (antes que a lei ou ato normativo produza efeitos no mundo jurídico), é realizado sobre o ato normativo em tese, isto é, também não há lide ou contraditório;

b) Em regra depende de provocação pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores franceses.

Certo é que no Brasil não adotamos o sistema francês, isso fica claro, porquanto o afastamos de plano, considerando que o nosso sistema de governo adotado, é o presidencialismo (não há Primeiros Ministro e sim Presidente da



República exercendo as duas funções – chefe de Estado e chefe de Governo) e também não temos um Conselho constitucional.

Na verdade o Brasil adota um controle judicial, pois como se sabe quem realiza o controle é um órgão do Poder Judiciário. Mais precisamente o sistema judicial misto, onde verifica-se uma coexistência de duas matrizes, a americana – no controle difuso e a austríaca no controle concentrado.

A problemática perpassa pelos efeitos das decisões no controle difuso, incidental. O sistema concentrado, realizado pelo STF no Brasil, produz, em regra: *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante; já o controle difuso, que é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal (inclusive o STF), produz, em regra: *ex tunc*, *inter partes* e não vinculante.

Aqui que reside a maior controvérsia sobre nosso trabalho. A doutrina constitucional quase unânime, diz que o papel do Senado seria apenas de dar publicidade às decisões do Supremo no controle difuso mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão terá efeito vinculante e *erga omnes*. O que, na realidade são os efeitos no controle concentrado.

Temos dois cenários, portanto. Caso o controle difuso exercido por qualquer juiz ou tribunal, os efeitos da decisão são, *ex tunc* e *inter partes*, pois verifica-se a compatibilidade da lei ou ato normativo com a constituição num caso concreto.

Contudo, caso a decisão seja proferida pelo STF, numa última instância e esse tribunal declare a inconstitucionalidade da norma jurídica, a regra é que essa decisão tenha efeitos apenas *inter partes*. Com isso surgiria o complicador de outros processos com o mesmo objeto e partes diferentes e assim, o STF teria que declarar novamente o que ele já disse que é inconstitucional preteritamente.

A título ilustrativo, caso alguém ingressasse com uma demanda alegando a suposta inconstitucionalidade de um determinado tributo e este fosse declarado inconstitucional pelo STF, as demais pessoas teriam que ingressar com uma nova ação para que os efeitos fossem estendidos a eles, pois os efeitos da decisão, como vimos é apenas *inter partes*. Como poderia ser solucionada a problemática?

Sendo assim poderiam haver duas soluções para o caso:

a) Invocar o Art.52, X da CRFB/88: 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; Ou seja, o STF comunica ao senado e este edita uma resolução para expurgar do cenário jurídico a norma declarada inconstitucional." (BRASIL, 1988).

O Regimento Interno do Senado Federal prevê, em seu art. 386, que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto acima referidos deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Uma vez lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

Outra possibilidade para o STF estender os efeitos da decisão julgada no caso concreto seria:

b) Se valer da edição de Súmula Vinculante, nos moldes do art. 103-A CRFB/88:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. ([BRASIL, 2004](#)).

No tocante a incidência do papel do Senado nesse assunto.

Essa suspensão só se aplica em decisões proferidas no controle difuso e não no controle concentrado. Isso está previsto expressamente no regimento interno do STF (RISTF, art. 178). Não ocorre no controle concentrado, porque a decisão do Supremo, nesse caso, tem efeito vinculante, sendo desnecessária a suspensão da lei pelo Senado.

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII\*, da Constituição.(BRASIL, 1988).

Importante consignar que somente decisões definitivas serão levadas ao Senado, isto significa que decisões em caráter liminar (precárias), não são comunicadas ao Senado até a decisão final.

Outro ponto de destaque é que o STF pode declarar inconstitucional quaisquer atos normativos, seja federal, estadual ou até mesmo municipal.

A decisão que antes só produzia efeitos entre as partes, com a suspensão pelo Senado, passar a ter efeitos para todos (*erga omnes*).

Essa decisão do Senado opera-se com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*? A doutrina aqui também não é uníssona.

De acordo com Min. Luis Roberto Barroso, em seu livro operam-se os efeitos *ex tunc* à suspensão pelo Senado:

“Embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado”. (BARROSO, 2016).

No mesmo sentido Gilmar Ferreira Mendes:

A doutrina majoritária afirma que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Se assim fosse, afigurava-se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional. É fácil ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito. (GILMAR; BRANCO, 2017).

Em sentido diverso é o entendimento de Bernardo Fernandes Gonçalves, *in verbis*:

Então, seguindo inclusive nossa opinião, o Senado suspende a lei para o futuro (*ex nunc*), mesmo porque o Senado não poderia julgar, e, se os efeitos são *ex tunc*, ele estaria julgando, sendo que a resolução apenas suspende a execução da lei, e definitivamente, não declara sua inconstitucionalidade. (GONÇALVES, 2017).

Destaca-se o decreto nº 2.346/97, que, encampou expressamente a produção dos efeitos *ex tunc*, exclusivamente em relação à Administração Pública Federal direta e indireta, na hipótese da edição de resolução pelo Senado Federal.

Aqui outro ponto de divergência sobre o assunto. O Senado estaria obrigado a suspender ou não os efeitos da decisão?

Parcela da doutrina entende que seria um ato discricionário do Senado em suspender a execução da lei. Nesse sentido o professor Pedro Lenza:

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o

Senado total liberdade para cumprir o Art.52, X, da CRFB/88. (LENZA, 2015).

O Senado poderia voltar atrás na edição da resolução? A resposta é negativa, o Senado tem uma atuação exauriente e uma vez editada a resolução ela não seria passível de revogação.

Nesse diapasão Bernardo Gonçalves:

“A decisão do Senado que suspende a Lei declarada inconstitucional é definitiva, assim, a suspensão da Lei também é definitiva”. (GONÇALVES, 2017).

Poderia o Senado extrapolar os limites declarados pelo STF? Mais uma vez nos socorremos dos ensinamentos do Professor Pedro Lenza:

“A expressão no “todo ou em parte” deve ser interpretada como sendo impossível o Senado ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF”. (LENZA, 2015).

Portanto, o Senado deverá fazê-lo exatamente em relação ao que decidiu a corte maior.

A jurisprudência do STF e parcela da doutrina sempre entendeu que os efeitos no controle difuso, ainda que proferido Supremo teriam os efeitos interpartes, considerando a matriz adotada como vimos, isto é, sistema difuso.

Em 2014, a corte constitucional (STF) decidiu, no julgamento da Reclamação nº. 4.335-AC, que não admitia a Teoria da Abstrativização no controle difuso de constitucionalidade e o artigo 52, inciso X, da CF, não havia sofrido mutação constitucional, isto é, não houve mudança de interpretação do texto constitucional.

Na ocasião do julgamento, que tratou da proibição da progressão de regime em crimes hediondos e equiparados (STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo previsto na Lei dos Crimes Hediondos), o Supremo decidiu pela Teoria tradicional, e não pela Teoria da Abstrativização, que preconiza que, no caso de o Plenário decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, no controle difuso, a decisão deve gerar efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Apenas dois Ministros (Gilmar Mendes e Eros Grau) afirmaram expressamente que as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos erga omnes e que o papel do Senado, atualmente, é o de dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do art. 52, X da CF/88.

Porém, antes que o STF julgasse a Reclamação 4335-AC, referente ao HC 82.959, foi editada a súmula vinculante 26, que afirmou ser permitida a progressão de regime em crimes hediondos, o que ocasionou o prejuízo da análise de mérito da Reclamação.

A partir desse momento ingressamos no tema central desse trabalho. O STF no julgamento das ADI's 3406/RJ e 3470/RJ, parece que houve um *overrulingnesses* julgados que, há tempos a doutrina já se inclinava para essa nova perspectiva.

O STF em julgados relevantes (caso de Mira Estrela, RE197.917/SP e Progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, HC 82.959/SP), para proferir uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Gilmar Mendes sempre defendeu a tese de que a atuação do Senado, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso seria de dar apenas publicidade da decisão.

Defende que o Art. 52, X da CRFB/88 tem cunho meramente histórico e vem sofrendo um processo de obsolência, vejamos:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. (GILMAR; BRANCO, 2017).

Segue o Ministro:

“A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”.

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

De fato, isso apenas levaria a multiplicação de processo no STF e este ficaria dependendo da edição da resolução pelo Senado Federal, uma vez que a edição é discricionária.

É certo que o STF poderia se valer da edição de súmula vinculante para resolver o problema, mas a dogmática seria, de fato - a mutação constitucional.

No mesmo entendimento caminham Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero , vejamos:

**Ora, se as decisões proferidas pelo STF, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Como é evidente, ainda que o Senado tenha este poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do STF não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do STF. (MARIONI; SARLET; MITIDIREO, 2017).**

Aliás, seria pouco mais do que ilógico supor que a eficácia geral somente pode ser atribuída às decisões de inconstitucionalidade, e não às demais decisões proferidas pelo STF.

E por fim os mesmos autores entendem que:

Portanto, negar eficácia vinculante aos precedentes constitucionais em virtude de o Senado Federal ter poder para suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional, além de lamentável e curiosamente impedir que as decisões do STF gozem da devida autoridade, constitui equívoco fácil de ser apanhado. (MARIONI; SARLET; MITIDIREO, 2017).

E não para por aí. Luis Roberto Barroso, partilha do mesmo raciocínio técnico-jurídico:

Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos”. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua



instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é! (BARROSO, 2016).

Zeno Veloso, por seu turno, é incisivo ao considerar que a existência do ato do Senado compromete e diminui o papel do Pretório Excelso, afirmando a necessidade de reforma:

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e calores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, tenham eficácia erga omnes e efeito vinculante (VELOSO, 2003).

Como se percebe o Direito brasileiro tem seguido em direção a um sistema de valoração dos precedentes judiciais emanados pelos Tribunais Superiores, aos quais se atribuiu, cada vez mais com intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos.

Assim, verifica-se o quão controvertida está tal situação no palco jurídico brasileiro, pois, além dos efeitos que trarão as futuras decisões, o exercício do ativismo judicial pode ferir outros princípios que devem ser observados, como o Princípio da Interpretação Conforme tal premissa, diante de normas plurissignificativas deve se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional.

Neste diapasão, o fenômeno da abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, ou transcendência dos motivos determinantes, é considerado, por alguns doutrinadores, como um avanço, contudo, para outros, um

efeito que necessita de limites. A atuação proativa do STF pode ser justificada não só pela morosidade do Poder Legislativo em elaborar a lei no caso concreto, mas também pelo Princípio da força Normativa da Constituição que determina aos aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, conferir máxima efetividade às normas constitucionais.

O saudoso Min. Teori Zavascki evidenciava a tendência de nossos tribunais superiores em adotar abstração do controle difuso de constitucionalidade, destacando a força da autoridade das decisões do STF em ação direta, bem como das proferidas na via recursal:

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países. No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. (ZAVASKI, 2001).

Não faz sentido não consolidar efeitos gerais em questão prejudicial atinente à conformidade da lei a constituição Se, porém, o controle incidental é um instrumento processual de atuação do controle concentrado, servindo para conciliar a observância do princípio da Supremacia da Constituição pela jurisdição ordinária com o monopólio da função de controle deferido a Corte Constitucional, nesse caso não faz sentido deixar de consolidar os efeitos gerais ou erga omnes pelo menos no

tocante a decisão que, dirimindo a prejudicial de constitucionalidade, reconhece a inconstitucionalidade da lei impugnada.

Noutro giro, Pedro Lenza rechaça a teoria da abstrativização do controle difuso, sob os argumentos de que os efeitos *erga omnes* foi apenas no controle concentrado e pode adotar súmula vinculante para sanar o problema. Menciona ainda que deve haver manifestação do poder constituinte derivado reformador para alterar a constituição, modificando o art. 52, X e o art. 97 CRFB/88, o que ele defende seria uma PEC (proposta de emenda à constituição) para que fosse alterado o artigo 52, X.

Posição de Bernardo Fernandes Gonçalves é no sentido da inaplicabilidade da teoria da abstrativização no controle difuso:

A nossa posição, fundamentada de acordo com a teoria discursiva da Constituição e da democracia de Jürgen Hebermas. É a de que a tese da abstrativização do controle difuso-concreto reforça o controle concentrado e a objetivização que é adstrita ao mesmo, centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, podendo minar, com isso, a base do próprio sistema de direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito. (GONÇALVES, 2017).

Críticas também de Flávio Martins Alves Nunes, pois entende que para essas situações, conceder efeitos *erga omnes* - a lei 9.868/99 traz o controle concentrado de constitucionalidade dando efeito *erga omnes* à decisão. (NUNES JUNIOR, 2017).

Entretanto, com todas as vênias - se o próprio STF já confirmou que o ato normativo é inconstitucional, ainda que em sede de controle difuso, não poderia haver uma quebra de isonomia entre os demais jurisdicionados na mesma situação jurídica até que se fosse manejada uma ADI contra tal situação, pois como

sabemos, não é qualquer pessoa que pode ingressar com uma ação direta (controle concentrado) no STF. Há um rol de legitimados previsto na lei, havendo legitimados universais e legitimados, considerado pela jurisprudência do STF, como meros interessados, devendo demonstrar a pertinência temática, ou seja, pertinência subjetiva na demanda, como por exemplo Governadores de Estados.

Como percebemos o tema é bem divergente, mas o STF mudou de opinião e passou a entender que os efeitos das decisões em controle difuso proferidas pela corte maior teriam eficácia *erga omnes* e vinculante.

Qual era o tema objeto das ADI's?

O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.

A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º (1) da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “*erga omnes*”. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (BRASIL, 2017).

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento.

A fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, deve-se atribuir à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato.

O §5º do art. 535 do CPC/2015 reforça esse tratamento uniforme:

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. (BRASIL, 2015).

Assevera-se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

Ainda nesse julgado o Min. Celso de Mello disse de forma expressa que a situação é, de fato uma mutação constitucional:

Considerou-se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. (BRASIL, 2017).

A presidente do STF, Min. Carmem Lúcia entendeu que há uma nova interpretação do art.52, X CRFB/88:

Afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. Ou seja, não é apenas o

ato normativo e sim a matéria sofreria declaração de inconstitucionalidade. (BRASIL, 1988).

O Min. Edson Fachin entendeu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais.

Dessa forma, percebe-se que a inércia irrazoável do legislador, faz com que o judiciário, em uma postura ativista, passe a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos supramencionados, fazendo com que o direito fundamental possa ser efetivado. Em contra ponto, essa nova perspectiva precisa de limites, ou, ao menos, de regramentos para evitarmos abuso.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou que a jurisprudência do STF modificou seu entendimento no sentido de alargar os efeitos das decisões proferidas no controle difuso para além das partes envolvidas no processo, causando um *overruling*. Tal tendência ficou evidenciada nas ADI's trazidas nesse trabalho e deram efeitos mais abrangentes aos julgados do STF, diminuindo a função do Senado, o que ficou claramente esvaziado o art. 52, X CF/88.

A própria jurisprudência do STF percebeu que precisava dar uma nova interpretação ao art. 52, X CF/88. Não fazia muito sentido se o plenário do STF, em sua função típica, como guardião da Constituição, declarar determinado ato normativo inconstitucional em controle difuso, não poder aplicar os efeitos *erga omnes*. Nos parece ir de encontro aos princípios da celeridade, economia processual e a segurança jurídica.

Ficar aguardando o Senado Federal editar uma resolução para suspender os efeitos de uma lei que o próprio STF já disse ser inconstitucional pelo Plenário nos parece ser incongruente. A referida casa legislativa tem outras coisas a se

manifestar mais relevantes para a população, o que na verdade, não vem fazendo - do que verificar se irá editar ou não uma resolução.

Enquanto isso, a lei que fora declarada inconstitucional pelo Plenário do STF, continuará produzindo efeitos e afrontando o princípio da isonomia.

Já os opositores da novel tendência, sustentam que atuação desmedida do STF coloca o Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário, e que, ainda, retira do processo de controle difuso qualquer possibilidade de verificação dos representantes do povo.

Todavia, não merece prosperar tal argumento. Não se trata de autoritarismo por parte do Poder judiciário e sim o exercício de seu papel de guardião da Constituição em expurgar do ordenamento jurídico um ato normativo inconstitucional.

Como vimos, esse instituto foi previsto na Constituição de 1934. A jurisprudência do Supremo a época não tinha a atuação como as hodiernamente. A sociedade é dinâmica, o direito é dinâmico e o Poder Judiciário deve caminhar no sentido de dar assegurar a Constituição Federal, independentemente da atuação do Senado que ficou obsoleta.

Diante de tudo que foi dito, nos parece que foi acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal em mitigar a atuação do Senado, expandindo a eficácia da decisão na controle difuso realizado pelo próprio Supremo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília: 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406-RJ 3470/RJ. Relatora. Min. Rosa Weber. **Tribunal Pleno**. Brasília: nov. 2017.

DAU-LIN, Hsü. **Die Verfassungswandlung**. Leipzig: 1932.

**GONÇALVES, Bernardo**. Curso de Direito Constitucional. **9. ed. São Paulo: 2017**.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**. Berlin: 1906.

LABAND, Paul. **Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**. Dresden: 1895.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. 2017.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da jurisdição constitucional**. 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenç as na jurisdição constitucionais**. São Paulo: 2001.

\* Pós-Graduando em Direito Público; Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal; Graduado em Direito; atua como Servidor Público; e-mail: tiagobdantas@gmail.com





## **ABORTO: E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO E NA SOCIEDADE**

**ANA CLÁUDIA MARTINS BARBOSA:**  
Bachalenda em Direito pela UNIBRASIL -  
Universidade Brasil, do campus de Fernandópolis-  
SP.

**Resumo:** Este artigo visa buscar uma interpretação, de modo geral, sobre as várias formas de aborto, a história do aborto e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Falará sobre o Direito à Vida que está previsto na Constituição Federal e no Código Civil. E também mostrar como é o funcionamento do aborto em outros países.

**Palavras-chaves:** Aborto. Gestante. Crime. Lei.

**Abstract:** This article aims to seek an interpretation, in general, about the various forms of abortion, the history of abortion and its evolution in the Brazilian legal system. He will speak about the Right to Life that is provided for in the Federal Constitution and in the Civil Code. It also shows how abortion works in other countries.

**Keywords:** Abortion. Pregnant. Crime. Law.

---

### **INTRODUÇÃO**

O Aborto sempre foi um assunto muito discutido pela sociedade, desde os tempos mais antigos e principalmente no Direito. Assim, neste trabalho será tratado sobre o conceito de Aborto, a sua história, a sua evolução no ordenamento jurídico, as várias formas de se praticar o aborto.

Poderemos perceber que, o Aborto é um tema que além de envolver o Direito Penal, também envolve o Direito Constitucional e o Direito Civil, pois trata de uma vida que está sendo morta, por outra pessoa.

O foco principal deste trabalho é mostrar que o aborto deveria apenas ser utilizado em casos específicos, ou seja, em último caso, como, por exemplo, nas

exceções já previstas no Código Penal, que são: o estupro, o de feto anencefálico, que adiante será tratado.

## **1 CONCEITO**

O Aborto é a interrupção da gravidez, ou seja, a destruição do feto dentro do útero da mulher. Mas é importante ressaltar que, a expulsão do feto de forma natural não entra nesse conceito, pois esse fato acontece de forma natural, que é provocado pelo próprio organismo.

Na lei, não se faz distinção a que fase da gravidez é considerado a prática do aborto, sendo estas as fases: o óvulo fecundado, o embrião e o feto. Desta forma, desde a concepção até o início do parto se configura o crime de aborto, pois após o início do parto se configura o crime de infanticídio ou homicídio. Assim, entende-se que, o crime de aborto só pode ser considerado, se ocorrer a interrupção da gravidez durante a gestação e não durante o nascimento da criança.

## **2 HISTÓRIA DO ABORTO**

Sobre a história do aborto, quem nos ensina é Capez (2014, p.145):

“A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.”

Observamos que, a prática do aborto não era tido como ato criminoso, pois considerava que o produto da concepção fazia parte do próprio corpo da mulher,

desta maneira, não acreditando ser um indivíduo a parte, sendo assim, a mulher que praticava o aborto não estaria fazendo mal a outra pessoa, mas sim prejudicando a si mesma.

Com o passar do tempo, a sociedade foi evoluindo, e assim, foi modificando seu modo de agir e pensar, assim, a prática do aborto começou a ser vista como uma conduta ilícita.

Portanto, em relação ao assunto, a Igreja desde os tempos mais antigos, até os dias de hoje, sempre considerou a prática do aborto como um ato criminoso, assim nunca deixando de ser um assunto polêmico e muito discutido.

### **3 EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO SOBRE AS PRÁTICAS ABORTIVAS**

#### **3.1 Código Criminal do Império de 1830**

O primeiro código brasileiro que previa o crime de aborto era o do Código Criminal do Império de 1830, onde não se previa o delito praticado pela própria gestante, mas sim praticada por terceiro, mesmo com ou sem o consentimento da gestante. Conforme os artigos 199 e 200:

“Artigo 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.”

“Artigo 200 – Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime foi cometido por médico, boticário ou cirurgião ainda praticante de tais artes. Penas dobradas.”

#### **3.2 Código Penal de 1890**

Já o Código Penal de 1890, por sua vez, era diferente do Código Criminal de 1830, pois passou a prever a conduta do aborto provocado pela própria gestante, como ato criminoso. Conforme os seguintes artigos 300, 301 e 302:

“Artigo 300 – Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fruto da concepção: No primeiro caso: pena de prisão celular por dois a seis anos. No segundo caso: pena de prisão celular por seis meses a um ano. §1º Se em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão celular de seis a vinte e quatro anos. §2º Se o aborto for provocado por médico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação de exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.”

“Artigo 301 – Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de um a cinco anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra próprio.”

Artigo 302 – Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência. Penas: prisão celular de dois meses a dois anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.”

### **3.3 Código Penal de 1940**

E por fim, o Código Penal de 1940, que é o que utilizamos atualmente, que está localizado na Parte Especial, Título I, que trata dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no Capítulo I, que trata dos “Crimes Contra a Vida”. Assim, no artigo 124 trás o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, nos artigos 125 e 126 o aborto provocado por terceiro, no artigo 127 sua forma qualificada, e no artigo 128 trás a forma do aborto legal, que se divide no inciso I em aborto necessário e no inciso II em aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

“Artigo 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

“Artigo 125 – Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.”

“Artigo 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

“Artigo 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

“Artigo 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Conclui-se que, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, o que não era considerado como crime, atualmente no Código Penal Brasileiro é sim considerado crime e está bem explícito isso.

Portanto, podemos dizer que, conforme os anos passam a sociedade evolui sua forma de pensar, e assim, o que é crime hoje, pode não ser crime daqui algum tempo.

#### **4 DIREITO À VIDA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL**

Podemos dizer que, o Direito à Vida é uma matéria muito discutida em todos os ramos da sociedade, e inclusive em uma boa parte da matéria do Direito.

#### **4.1 Constituição federal**

A Constituição Federal, como sendo a base de todas as outras as Leis, entende-se que, o Direito à Vida se refere a integridade física e moral, ou seja, uma pessoa não pode ser torturada, exposta a humilhações e nem ter sua vida tirada por outra pessoa, pois presume-se que a morte deve ocorrer de forma natural.

Assim, no artigo 5º da Constituição Federal diz que:

“Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

#### **4.2 Direito Civil**

Já no Direito Civil, é assegurado o Direito à Vida no artigo 2º, que diz que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Através deste artigo, entende-se que, o Direito à Vida começa com o nascimento com vida, mas esses direitos são garantidos antes mesmo do feto nascer (nascituro), ou seja, no momento de sua concepção. Desta forma, compreendemos que, no momento em que ocorre o Aborto fere o direito do Nascituro, pois no Código Civil ele tem seus direitos garantidos, mesmo antes de nascer.

### **5 FUNCIONAMENTO DO ABORTO EM OUTROS PAÍSES**

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, o Aborto somente é permitido nos casos em que, há risco de morte para a gestante, quando a gravidez resulta de estupro, e ou, quando o feto é anencefálico.

Mas, no restante do mundo, cada País tem uma forma de pensar e agir sobre o Aborto. Assim, abaixo iremos conhecer alguns países que pensam de forma diferente ou parecida do Brasil.

#### **5.1 Áustria**

Na Áustria o Aborto é legal (permitido) desde 1975, podendo ser decidido pela mulher ou por motivos médicos, mas só é permitido até a 16ª semana de gestação. Depois desse período, só pode ser feito se for comprovado que a gestação está causando riscos à saúde física ou psicológica da mulher, e se o feto apresentar alguma deficiência grave ou se a gestante for menor de 14 anos.

## **5.2 França**

Na França o aborto foi legalizado em 1975 e desde 2001 é permitido que se realize o aborto até a 14ª semana de gestação. E houve algumas alterações na Lei, como de que, não é mais obrigatório que os pais autorizem as gestantes menores de idade para praticar o aborto.

## **5.3 Portugal**

Em Portugal, foi legalizado o aborto em 1984, nos casos de risco à vida da mulher, malformação fetal ou estupro. Mas em 2007, permitiu-se que a mulher podia decidir se interrompia ou não a gravidez em até a 10ª semana de gestação.

## **5.4 Espanha**

Já na Espanha, foi legalizado o aborto em 1985, em três casos: risco à saúde física ou psíquica da mulher, estupro e malformação do feto. E em 2010, foi permitido que a mulher podia decidir se interrompia ou não a gravidez em até a 14ª semana, e em casos especiais até a 22ª semana de gestação. Mas em 2014, houve uma grande mobilização nacional, em que, o governo tentou reduzir o aborto legal no país. E no ano de 2015, o Senado determinou que menores de idade só poderiam abortar se tivessem autorização dos pais.

## **5.5 México**

E no México, em cada Estado tem sua legislação sobre o aborto. Mas desde 2007, na Cidade do México o aborto é permitido por decisão da mulher até a 12ª semana de gestação.

## **5.6 China**

E por fim, na China, o aborto é totalmente legalizado, pois durante a vigência da chamada política do filho único, que foi entre o fim do ano 1970 e 2015, foram



realizados cerca de 336 milhões de abortos forçados (obrigados). Mas a política do filho único acabou pelo motivo do envelhecimento da população e pela queda da natalidade. E agora os casais podem ter no máximo 2 filhos, desta forma, vê que os casais não tem livre escolha para decidirem quantos filhos querem ter.

## **6 FORMAS DE ABORTO**

### **6.1 Aborto Natural**

O aborto natural é a interrupção espontânea da gravidez por causas, como, malformação do feto, rejeição do organismo da gestante, patologia, etc. Desta forma, não se considera crime.

### **6.2 Aborto Acidental**

No aborto acidental acontece quando a interrupção da gravidez é decorrida por conta de causas exteriores e traumáticas, como, por exemplo, queda, choques, colisão de veículos, atropelamento, etc. Assim, o este fato não é considerado crime.

### **6.3 Aborto Criminoso**

O aborto criminoso é a interrupção forçada, e não voluntária da gravidez, que provoca a morte do feto.

### **6.4 Aborto legal ou permitido**

O aborto legal ou permitido é aquele que se dá pela cessação da gravidez com a morte do feto, pois são os casos que é admitida por lei.

Está forma de aborto se divide em duas formas:

#### **6.4.1 Aborto terapêutico ou necessário**

É a interrupção da gravidez feita pelo médico, para salvar a vida da gestante, pois não há outro meio para salvá-la. Esse ato só ocorre pelo estado de necessidade, pois mesmo existindo dois bens jurídicos, que é a vida da genitora e a do feto. O legislador optou por salvar a vida do bem maior que é a genitora, pois o bem menor é um ser que não está totalmente formado.

No Código Penal, encontra-se essa forma de aborto no inciso I, do artigo 128: “I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

#### **6.4.2 Aborto sentimental ou humanitário**

É a interrupção da gravidez feita pelo médico, no caso em que a mulher foi vítima de estupro. E o Estado não pode obrigá-la a continuar essa gravidez, pois trata de uma gravidez que ocorreu devido uma violência, e assim, pode causar a mulher grande danos psicológicos.

No Código Penal, esta forma de aborto está localizada no inciso II, do artigo 128; “II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

#### **6.5 Feto Anencefálico**

O feto anencefálico, nada mais é que, à má formação do cérebro durante a formação embrionária, que acontece entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto. Ou seja, o cérebro do feto não se formou.

Assim, o STF, no julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), de nº 54, de 12/04/2012, que ficou decidido que: “decidiu, por maioria de votos, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta típica nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CP”.

Entende-se, nesse julgamento que, o feto anencefálico (sem cérebro), mesmo que vivo no útero da gestante, é considerado juridicamente morto, pois ao nascer já morrerá, assim, não goza de proteção jurídica, e principalmente, de proteção jurídica penal. Portanto, na interrupção de gravidez de feto anencefálico não configura o crime de aborto.

#### **CONCLUSÃO**

Assim, com está pesquisa, podemos concluir que, ao praticar o aborto infringi-se os direitos fundamentais que é garantido a todos os cidadãos. Mas vale

observar que, tem a exceção dos casos que o aborto é permitido, e estes estão previsto no Código Penal.

Portanto, não deve ser legalizado o aborto, uma vez que existem vários meios contraceptivos para se evitar uma gravidez. E esses meios são encontrados gratuitamente nos postos de saúde, como, por exemplo, preservativos, anticoncepcionais, e entre outros. Mas, mesmo sabendo de todos esses meios, ainda assim, muitas mulheres preferem realizar o aborto, e colocar suas vidas em risco.

Assim, diante de tudo que foi exposto, conclui-se que não deveria ser legalizado o aborto, salvo nas exceções já previstas no Código Penal.

## REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte especial**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle> acesso em: 05 mar. 2018.

VADE MECUM. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[www.minhavidacom.br/saude/temas/anencefalia](http://www.minhavidacom.br/saude/temas/anencefalia) acesso em: 29 mar. 2018.

[www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334](http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334) acesso em: 06 mar. 2018.

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) acesso em: 05 fev. 2018.

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) acesso em: 05 fev. 2018.

## EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: MEIOS DE CONSTATAÇÃO

**PABLO CASTRO MIOZZO:** Procurador Federal em exercício na Procuradoria Seccional Federal de Canoas/RS; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em Direitos Humanos pela mesma Universidade. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande/RS (FURG).

**ADEMIR GASQUES SANCHES**  
(Professor Orientador)

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo apresentar como ocorre na prática a aplicação fiscalização de trânsito pelas autoridades ou agentes de trânsito do Estado de Paulo. Assim, serão analisados os institutos jurídicos que as regem, sejam eles, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seus artigos 165, 165-A, 276, 277 e 306, além da resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), nº 432, de 23 de janeiro de 2013. O CTB nos trás quais são as sanções cabíveis para cada tipo de situação e a resolução do CONTRAN, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados quanto à constatação do consumo de álcool ou qualquer substância psicoativa que determine dependência. Uma vez constatada, será lavrado à autuação pela autoridade de trânsito e seus agentes por meio de pelo menos um dos procedimentos que poderão ser verificados através de exame de sangue; exames realizados por laboratórios especializados, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência, ou através de teste Etilômetro, que é o aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar, sendo este último o mais usado na prática.

**Palavras-chave:** Etilômetro. Capacidade Psicomotora. Embriaguez. Crime e Infração de trânsito.

**ABSTRACT:** This work aims to present how the traffic inspection appliance by SP state's authorities or traffic agents occurs in practice. This way, the juridical institutions which rule them will be analyzed, be they the Brazilian traffic regulations, in their articles 165, 165-A, 276, 277 and 306, besides the national traffic council resolution, number 432, from January 23, 2013. The BTR show us what the appropriate penalties for each kind of situation are and the NFC's resolution, it shows the adopting procedures towards the alcohol consumption observation or any psychoactive substance that determines addiction. Once established, an assessment will be carried out by the traffic authorities and their

agents by at least one of the procedures that may be verified through a blood test; tests done by specialized labs, in case of other psychoactive substances consumption that determines addiction, or through a breathalyzer test, which is the mechanism aimed to alcohol level in the alveolar air measurement, be the latter the most used in practice.

**KEYWORDS:** Breathalyzer, Psychomotor capacity, Drunkenness, Crime and traffic violation.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. PROCEDIMENTOS PARA A CONSTATAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. 2. SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. 3. APLICAÇÃO DO TESTE DE ETILÔMETRO. 4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. 5. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. 6. RECUSA AOS PROCEDIMENTOS DO ARTIGO 277 DO CTB. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

O tema em estudo é sempre polêmico, pois toda vez que é tratado sempre trazem divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O fato é que o consumo de álcool associado à direção de veículo automotor causa vários acidentes no trânsito brasileiro todos os dias, resultando em mortes e lesões.

Segundo matéria publicada em 20/06/2017, pelo Jornal do Brasil em, que trás dados da Agência Brasil sobre o consumo de álcool em 2016, 7,3% da população brasileira adulta, alegaram que consomem bebidas alcoólicas e dirigem. No ano de 2015 o índice foi de 5,5%.

A Agência Brasil, em matéria publicada em 09/11/2016, trás que somente na cidade de São Paulo, nos períodos de junho de 2014 e dezembro de 2015, 42,9% mortes em acidentes de trânsito haviam ingerido álcool.

Não podemos esquecer que a Constituição Federal, em seu artigo 5º assegura a inviolabilidade do direito de vida. Mas como assegurar esse direito se a lei ordinária não punir rigorosamente aqueles que por dirigir embriagados colocam vidas em risco.

Com essa preocupação, ao longo dos anos os legisladores vêm desenvolvendo leis na tentativa de diminuir o grande número de acidentes e mortes no trânsito brasileiro e garantir nosso direito constitucional tutelado pela nossa Constituição Federal, impondo penalidades rigorosas aos que forem flagrados dirigindo sob a influência do álcool.

Em 19 de junho de 2008, foi sancionada a Lei Federal nº 11.705, que ficou conhecida como "Lei Seca", porém sofreu alterações pela Lei Federal nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, chamada de "Nova Lei Seca".

Desde então, novas alterações foram instituídas com intuito de dar maior rigidez a esta fiscalização, assim ao longo dos anos foram sancionadas novas leis que se adequassem para uma melhora em sua eficácia.

A resolução nº 432 do CONTRAN entrou em vigor em 23 de janeiro de 2013, com a missão de padronizar os meios e procedimentos para a constatação de tais alterações dos condutores que dirigem sob a influência de álcool ou qualquer outra substância que cause dependência. A edição desta resolução trouxe melhor aplicabilidade ao CTB, em seus artigos 165, 165-A, no que tange a sanção administrativa, e artigo 306, que trata do crime de embriaguez ao volante.

Posteriormente, em 9 de maio de 2014, fora criada a Lei nº 12.971, que alterou alguns artigos do CTB, como por exemplo, os parágrafos 2º e 3º do art. 306.

Já o parágrafo 3º do art. 277 do CTB, sofreu alterações em sua redação por força da Lei nº 13.160 de 25 de agosto de 2015, no que tange a retenção, remoção e leilão de veículo.

No dia 4 de maio de 2016, a Lei nº 13.281 acrescentou alguns artigos ao CTB, dentre eles o Art. 165-A, que trata da sanção ao condutor que recusar qualquer dos procedimentos do o art. 277 do CTB, e na resolução nº 432 do CONTRAN.

Recentemente, em 19 de dezembro de 2017, foi editada a Lei nº 13.546/17, alterando alguns dispositivos do CTB, estando esta em período de *Vacatio Legis* pelo período de 120 (cento e vinte) dias. Esta nova Lei acrescenta novos parágrafos aos artigos 302 e 303 do CTB, sendo tratados como qualificadoras tais crimes ao condutor que envolva em acidente de trânsito, estando este sob a influência de álcool ou substância que altere a capacidade psicomotora.

Os artigos 276 e 277 do CTB são as bases legais que disciplinam tal fiscalização. O art. 276 disciplina que o condutor incorrerá em sanção administrativa caso apresente qualquer concentração de álcool, seja ela por litro de sangue o por ar alveolar, ao passo que o art. 277 disciplina os tipos de procedimentos que serão aplicados a condutores envolvido em acidente de trânsito ou que for submetido à fiscalização de trânsito, podendo ser teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, conforme disciplinada CONTRAN.

## **I. PROCEDIMENTOS PARA CONSTAÇÃO DA EMBRIAGUEZ**

Os meios para a constatação da embriaguez estão disciplinados no art. 277 do CTB, somados a resolução nº 432 do CONTRAN. Durante os procedimentos podemos deparar com dois tipos situações, podendo ser caracterização por uma sanção administrativa ou criminal, podendo ser unilaterais ou cumuladas. Sempre uma sanção criminal será cumulada com sanção administrativa, porém, nem toda sanção administrativa será cumulada com a criminal.

Apesar de existirem vários tipos de procedimentos para esta constatação, tais como: exame de sangue e exames realizados por laboratórios especializados, o presente estudos decorrerá sobre os sinais de alteração da capacidade psicomotora, o teste com aparelho destinado à medição do teor álcool expelido dos pulmões e recusa a qualquer dos procedimentos de fiscalização estabelecidos pelo art. 277 do CTB.

A resolução nº [432](#) do CONTRAN admite ainda, a prova testemunhal, imagem, vídeo dentre outros meios de prova em direito admitido, observado o direito à contraprova.

## **2. SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA**

Antes de entrarmos nas questões das infrações administrativas o dos crimes de embriaguez ao volante, deveremos estudar o ANEXO II da resolução nº 432 do CONTRAN, que trás procedimentos e requisitos que identifica os sinais de alteração da capacidade psicomotora dos condutores de veículos automotores, podendo ser constatada por exame clínico com laudo conclusivo, firmado por médico perito; ou constatação, pelo agente ou autoridade de trânsito.

A confirmação dos sinais da alteração da capacidade pela autoridade ou pelo agente de trânsito será composta por um conjunto de sinais que comprovem a alteração do condutor.

É importante frisar que o condutor que apresente apenas um sinal de alteração da capacidade psicomotora, já incorrerá para que seja lavrada a sanção administrativa, ou seja, a autuação pela autoridade ou agente de trânsito. Apresentando dois ou mais sinais de alteração, incorrerá em sanção do crime de embriaguez ao volante.

O auto de infração devera constar o enquadramento específico dos sinais de alteração que o condutor apresenta.

Através do anexo II da resolução 432 do CONTRAN verificamos o rol dos sinais caracterizam a alteração da capacidade psicomotora do condutor que esteja

sob o efeito de álcool ou de substância que cause dependência, e faz uma divisão dos sinais a ser observados pelo agente fiscalizador, quanto: à aparência, à atitude, à orientação, à memória e à capacidade motora e verbal.

Assim, os sinais de alteração da capacidade psicomotora são compreendidos como: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes e odor de álcool no hálito; agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante e dispersão; se o condutor sabe onde está e sabe a data e a hora; se sabe seu endereço e lembra-se dos atos cometidos, e se o condutor apresenta dificuldade no equilíbrio e fala alterada.

Veremos a seguir detalhadamente os dois tipos de sanções que o condutor que apresente tais condições poderá incorrer.

### **3. APLICAÇÃO DO TESTE DE ETILÔMETRO**

São diversos os meios para verificação da embriaguez na direção de veículo automotor, porém, na prática o aparelho de etilômetro é o mais utilizado, pelo fato de servir por si só, para tal constatação de álcool, acarretando em sanção administrativa.

Após ter entrado em vigência a Lei nº 12.760/2012, o art. [306](#) do [CTB](#), afastou um limite mínimo de álcool por litro de sangue para a configuração do crime, utilizando também como meio de fiscalização os sinais de alteração da capacidade psicomotora, tornando possível a constatar a embriaguez pelo ar alveolar, assim, acabou por regulamentar o uso de aparelho para a realização do teste do etilômetro “bafômetro” como meio de verificação do nível de embriaguez do condutor do veículo. Também poderão ser verificados os sinais de alteração da capacidade psicomotora do condutor de veículo através exame clínico, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de provas admitidos, observados o direito à contraprova. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito conforme julgado em 01/10/2015, (STJ. 5ª Turma. HC 322.611/RS, Rel. Min. Felix Fischer).

A utilização de aparelho etilômetro deve estar atrelada a aprovação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade (RBMLQ).

Ira caracterizar da infração administrativa através do teste de etilômetro, toda vez que a concentração de álcool for igual ou superior a 0,05 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expirado (mg/L). A própria resolução nº 432 DO CONTRAN apresenta em seu anexo I, uma tabela que consta os resultados dos testes realizados, bem como desconto de margem de erro. Somente a partir desta



subtração é que se verifica o acarretamento de sanção administrativa ou em crime de embriaguez ao volante, isoladas ou cumulativamente.

#### **4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA**

O condutor de veículo automotor que for submetido ao teste de etilômetro, e sendo constatado que a medição realizada for igual ou maior de 0,05 mg/L até o limite de 0,33 mg/L, incorrerá na sanção administrativa de multa na forma do art. 165 CTB, que é uma infração de natureza gravíssima, com penalidade de multa, multiplicada 10 (dez) vezes o seu valor e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, além da medida administrativa de recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e retenção do veículo. Ainda existe uma agravante trazida pelo parágrafo único do art. 165 que é aplicação em dobro à multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

A multa deverá ser lavrada em auto de infração próprio, sem conter rasuras com os dados específicos, tais como infrator, local horário, o número de enquadramento 51691 do art. 165 do CTB, os meios utilizados que levaram para a constatação da infração, e caso seja com aparelho de etilômetro, informar o número de série do aparelho e número do teste e os valores do teste de etilômetro com o valor da medição realizada, do valor considerado. Não sendo atendidos tais requisitos, o auto de infração de trânsito é passível de cancelamento através de interposição de recurso.

A medida administrativa prevista para o recolhimento da CNH será mediante expedição do Certificado de Recolhimento e Remoção (CRR), permanecendo apreendida pelo prazo de 5 (cinco) dias, na unidade Policial Militar local. Não sendo retirada pelo condutor no prazo estabelecido, a CNH será encaminhada ao DETRAN.

A retenção do veículo será em tempo hábil, não tendo um limite de tempo fixado em Lei, que decorrerá da discricionariedade da autoridade ou agente de trânsito. Não sendo apresentado condutor habilitado, o veículo será recolhido ao pátio credenciado, mediante expedição do CRR.

Após todos os procedimentos o condutor será liberado, sem a necessidade de ser apresentação à autoridade policial.

Quando se fala que o condutor incorrerá em penalidade administrativa toda vez que o teste de etilômetro atingir a medição mínima de 0,05 mg/L, poderá surgir questionamentos, pois desde que a Lei Federal nº 11.705, de 19 de junho de 2008, alterada pela Lei Federal nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, chamada de

"Nova Lei Seca" entrou em vigor a tolerância passou a ser 0 (zero), porém, percebemos que existe uma tolerância de 0,04 mg/l.

Não mudou nada, a tolerância ainda continua sendo 0 (zero). Essa questão pode ser facilmente explicada. A diferença existente de 0,04 mg/L esta relacionada à margem de erro do aparelho de medição, o etilômetro, conhecido popularmente como "bafômetro".

Vale lembrar que apesar do CTB ser uma legislação Federal, os Estados seguem procedimentos diferentes quanto às medidas adotadas, sendo esta base de informação do Estado de São Paulo.

### **5. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

O condutor de veículo automotor que for submetido ao teste de etilômetro, e que ao valor da medição realizada for igual ou superior a 0,34 mg/L, incorrerá no crime de embriaguez ao volante, constante no art. 306 do CTB, cumulativamente com a sanção administrativa de multa e das mediadas administrativas.

O art. 306 do CTB trata do crime de embriaguez ao volante, que é quando o condutor é flagrado na direção de veículo automotor com sua capacidade psicomotora altera pela ingestão de álcool ou substancia de cause dependência. As penas imposta são de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Em seu parágrafo 1º e incisos I e II, trás os meios de constatação, sejam eles através da concentração álcool no sangue ou pelo ar alveolar, ou sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora.

No seu parágrafo 2º, traz os meios de obtenção da constatação da concentração de álcool no condutor, podendo ser de varias formas: teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos observados o direito à contraprova. Já o parágrafo 3º diz que o CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime previsto neste artigo.

Percebesse que existe a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato, caracterizando tanto pela infração administrativa quanto pela infração penal. A punibilidade do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB.

As medidas administrativas referentes à CNH e veículo, são as mesmas do cometimento das infrações administrativas, como vimos na infração administrativa.

O condutor será atuado em flagrante delito pelo crime de embriaguez ao volante e será apresentado na Central de Polícia Judiciária ou delegacia, onde autoridade policial (delegado) adotara os procedimentos cabíveis, quanto à ratificação ou não da prisão, ou ainda arbitrar fiança, já que a pena é de detenção, de seis meses a três anos. Assim, com base no art. 322 do Código de Processo Penal, a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos em que a infração com pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Vale lembrar que recentemente, em 19 de dezembro de 2017, foi editada a Lei nº 13.546/17, que incluiu novos dispositivos do CTB, aos crimes de trânsito quando o condutor estiver embriagado ou sob o efeito de substâncias que causem dependência, alterando assim sua capacidade psicomotora. A nova Lei esta em período de vacância de 120 (cento e vinte) dias. Com os as inserções trazidas pela nova Lei, o mais importante para o presente estudo é o acréscimo do § 3º ao art. 302 que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, e o acrescido do seguinte § 2º, numerando-se o atual parágrafo único como § 1º ao Art. 303 que trata da que trada da lesão corporal na direção de veículo automotor. Tais parágrafos inseridos nos artigos 302 e 303 do CTB passam a tratar a embriaguez ao volante como circunstância qualificadora dos crimes de homicídio e lesão corporal culposa.

Em ambas as alterações, os condutores de veículos que envolverem-se em acidente de trânsito, tendo como resultado a prática de homicídio culposo ou praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, e que sendo constatada sua embriaguez ou que esteja sob o efeito de substância psicoativa que determine dependência terão sua pena aumentada, funcionando assim como qualificadora do crime.

No caso do parágrafo 3º do art. 302 do CTB, que trada do homicídio culposo, a pena que era de detenção passa a ser de reclusão, elevando de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para 5 (cinco) a 8 (oito) anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Já o parágrafo 2º do art. 303 do CTB, que trada da lesão corporal culposa, a pena que era de detenção passa a ser de reclusão, elevando de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para 2 (dois) a 5 (cinco) anos, sem prejuízo das outras penas previstas para o artigo.

Ao passo que a nova Lei entrar em vigor, a autoridade policial não poderá mais arbitrar fiança, nos caso dos artigos 302 e 303 do CTB, quando os condutores

de veículos automotores envolverem em acidentes de trânsito forem autuados em flagrante, estando estes sob o efeito de álcool ou qualquer outra substância que determine dependência.

O condutor autuado em flagrante será recolhido a Cadeia Pública, e no prazo de 24 (vinte e quatro) horas será apresentado ao juiz para a realização da audiência de custódia. Assim, o juiz poderá conceder sua liberdade provisória com ou sem fiança, podendo ainda adotar outros procedimentos.

Significa que, todo autuado em flagrante, que esteja das condições impostas pela Lei nº 13.546/17, serão presos, isto é, recolhidos na carceragem até a audiência de custódia, ou seja, pelo menos por 24 (vinte e quatro) horas.

#### **6. RECUSA AOS PROCEDIMENTOS DO ARTIGO 277 DO CTB**

Em 05 de maio de 2016, entrou em vigor a Lei nº [13.281/2016](#), que altera o [CTB](#). Dentre outras disposições, fora acrescentado ao CTB, o art. [165-A](#) ao [CTB](#). Conseqüentemente o condutor que se recusar a realizar o teste de etilômetro, não incorrerá pela sanção do art. 165 do, mais pelo art. 165-A, ambos do CTB.

O art. 165-A do CTB, disciplina que a simples recusa do condutor a qualquer dos meios de constatação encontrados no art. 277 do CTB, quais sejam: teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, todos disciplinados pelo CONTRAN, serão passíveis de sanção, seja ela administrativa ou criminal. A natureza desta infração, penalidade, medida administrativa, bem como a reincidência da infração no período de 12 (doze) meses são as mesmas impostas pelo art. 165 do CTB, como vimos acima.

Sem sombra de dúvidas que o acréscimo deste novo artigo, causaria grandes discussão no mundo jurídico, no que tange a sua constitucionalidade e o Princípio da não Auto Incriminação, sob a alegação que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Sua fundamentação é encontrada no Pacto de San José da Costa Rica, que tem força de norma supralegal em nosso ordenamento jurídico, que estabelece em seu art. 8º, inciso II, alínea “g”, que toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Diante de tais questionamentos pode se pensar então que o art. 165-A do CTB é inconstitucional. O meu ponto de vista não acho, pelo simples fato de que este princípio quando não esta amoldado na esfera penal, tem sua força, sua aplicação mitigada. No campo administrativo o condutor que comete um ilícito administrativo tem o seu direito de não produzir prova contra si mesmo, porém, pela sua omissão poderá incorrer em sanção administrativa, e digo mais, a

realização do teste de etilômetro funcionária como uma contra prova de não esta dirigindo com sua capacidade psicológica alterada.

Da mesma forma também Renato Brasileiro, tem mesmo entendimento da não ocorrência de nenhuma inconstitucionalidade, antes mesmo da criação do art. 165-A, assim explica:

O fato de o art. 277, § 3º, do CTB, prever a aplicação de penalidades e medidas administrativas ao condutor que não se sujeitar a qualquer dos procedimentos previstos no caput do referido artigo é perfeitamente constitucional. Ao contrário do que ocorre no âmbito criminal, em que, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva, no âmbito administrativo, o agente também não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, porém, como não se aplica a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório, com a consequente imposição das penalidades e das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB. (LIMA, 2015, p. 81-82).

Antes mesmo da criação do art. 165-A do CTB, já houve condenação no mesmo sentido, conforme julgamento em 14/12/2009 (TJ-SP - SR: 994093709654 SP, Relator: José Habice, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/01/2010).

O condutor que recusar-se a qualquer dos procedimentos elencados no art. 277 do CTB, e não apresente nenhum sinal, ou apenas um sinal de alteração de sua capacidade psicomotora, será aplicada a penalidade e medidas administrativas previstas no art. 165-A do CTB. Assim, será a ele imposto a sanção administrativa, enquadramento nº 75790 do art. 165-A do CTB.

As medidas administrativas são as mesmas aplicadas ao art. 165 do CTB, como apresentado nos tópicos anteriores deste estudo.

O simples fato do condutor se recusar ao qualquer dos procedimentos trazidos pelo art. 277 do CTB e pela resolução nº 432 do CONTRAN, não deve ser

levado como regra geral à aplicação do art. 165-A, isso porque dependera de cada situação, como por exemplo, o condutor que:

a) que se recuse a qualquer dos procedimentos e que não tenha nenhum sinal de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165-A do CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado, e nunca poderá ser cumulativa com o crime de embriaguez do art. 306 do CTB;

b) se recuse a qualquer dos procedimentos e que apresente apenas um sinal de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165 CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado, e também e nunca poderá ser cumulativa com o crime de embriaguez do art. 306 do CTB;

c) se recuse a qualquer dos procedimentos e que apresente dois ou mais sinais de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165 CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado. Porém, neste caso, o condutor receberá voz de prisão pelo crime de embriaguez ao volante do art. 306 do CTB, e será apresentado na Central de Polícia Judiciária ou delegacia, onde autoridade policial (delegado) adotará os procedimentos cabíveis, quanto à ratificação ou não da prisão, bem como o arbitramento de fiança, a depender do caso concreto.

Vejam como o assunto é complexo, quando se trata da fiscalização e aplicação dos diplomas legislativos em estudo.

### **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, a fiscalização de trânsito, em especial a parte de embriaguez ao volante, seja ela sob o efeito de álcool ou outra substância que cause dependência, é um tema que sempre apresenta muitas discussões por ser um tema extremamente complexo.

Vale lembrar que o Código de Trânsito Brasileiro é uma legislação Federal, os estudos aqui analisado é com base na aplicação das autoridades e agentes de trânsito do Estado de São Paulo. Além disso, o exposto aqui não esgota todo teor dos institutos jurídicos a respeito do tema, sendo este assunto uma pequena parte da resolução nº 432 do CONTRAN e do CTB.

Dentre vários fatores que contribuem para o grande número de acidentes de trânsito envolvendo o consumo de álcool, estão associados à falta de educação, de respeito, de gentileza e acima de tudo consciência no trânsito.

Notamos que os legisladores vêm desenvolvendo leis mais rígidas no combate aos crimes de embriaguez ao volante, porém, a grande dificuldade nas aplicações das diversas legislações existentes está diretamente à fiscalização de trânsito. Não adiante desenvolver leis severas se desenvolver meios eficazes de fiscalização.

Percebe-se que os condutores irresponsáveis que consomem bebidas alcoólicas e conduzem seus veículos tem a sensação de que não serão fiscalizados ou “pegos”.

Todos os anos, perdemos muitas vidas devido às imprudências no trânsito. O simples fato de um condutor se negar a realizar qualquer dos procedimentos aqui apresentados, já apresenta a dúvida, que não deve ser presumida, mas comprovada por uma série de procedimentos trazidos pela legislação de trânsito.

Vamos ficar na torcida para que quando a Lei nº 13.546/17 entrar em vigor, os condutores tenham mais consciência, não a consciência propriamente dita, mas pelo fato da qualificação dos crimes de trânsito dos artigos 302 e 303 do CTB, que elevaram consideravelmente as penas, porém sem a devida fiscalização de trânsito não atingirá seu objetivo, qual seja, diminuir o grande número de mortes e feridos no trânsito brasileiro.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito: **Resolução nº 432, de 23 de janeiro 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos artigos. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). 2013. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro.** 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9714, de 25 de novembro de 1998.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9714.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.** Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112760.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014.** Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112971.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.160, de 25 de agosto de 2015.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre retenção, remoção e leilão de veículo, e revoga a Lei nº 6.575, de 30 de setembro de 1978.



2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.546, de 09 de dezembro de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo SR: 994093709654 SP**, Relator: José Habice, julgamento em 14/12/2009, 6ª Câmara de Direito Público. 2009. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/434766341/andamento-do-processo-n-1000452-8120178260168-procedimento-comum-01-03-2017-do-tjsp?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/434766341/andamento-do-processo-n-1000452-8120178260168-procedimento-comum-01-03-2017-do-tjsp?ref=topic_feed)>

>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CRUZ, E. P. EBC AGÊNCIA BRASIL: **Quase metade das mortes no trânsito em SP tem relação com álcool, diz estudo**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2016-11/quase-metade-das-mortes-no-trnsito-em-sp-tem-relacao-com-alcool>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

JORNAL DO BRASIL. **Após 9 anos de Lei Seca, beber e dirigir ainda são práticas para muitos brasileiros**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/06/20/apos-9-anos-de-lei-seca-beber-e-dirigir-ainda-e-pratica-para-muitos-brasileiros/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, C. M. **Comprovação da prática do crime de embriaguez ao volante e a decisão do STJ. 5ª Turma. HC 322.611/RS, Rel. Min. Felix Fischer**. Disponível em: <<https://karlamendess.jusbrasil.com.br/artigos/304752339/comprovacao-da-pratica-do-crime-de-embriaguez-ao-volante>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

## OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

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

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir o Relatório “Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil” de 2017, do Banco Mundial que suscita a oportunidade para uma reflexão sobre o Ensino no Brasil. O primeiro deles é entender a missão do Ensino. As despesas com o ensino médio e fundamental apresentam elevado grau de ineficiência e seria possível reduzir em 1% do PIB os gastos, mantendo o mesmo nível dos serviços prestados. O governo gasta 0,7% do PIB com as universidades federais. A universidade gratuita é também injusta: 65% dos alunos estão entre os 40% mais ricos. Aos mais pobres, que não conseguem ingressar na universidade pública, resta a opção do FIES. “Não existe um motivo claro que impeça a adoção do mesmo modelo para as universidades públicas”, afirma o estudo, sugerindo o fim da gratuidade na universidade pública, criando-se bolsas para quem não pode pagar. O ensino público deve continuar sendo gratuito e de qualidade para os que não possam pagar.

**Palavras-chave:** Brasil; educação; desafios; ensino público; gratuito; qualidade.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the World Bank's "A Fair Adjustment: Analysis of the Efficiency and Equity of Public Expenditure in Brazil", which provides an opportunity for reflection on education in Brazil. The first of them is to understand the mission of Teaching. Expenditure on secondary and higher education is highly inefficient and it would be possible to reduce expenditure by 1% of GDP while maintaining the same level of services. The government spends 0.7% of GDP on federal universities. The free university is also unfair: 65% of students are among the richest 40%. The FIES option remains for the poorest, who can not enter the public university. "There is no clear motive that prevents the adoption of the same model for public universities," says the study, suggesting the end of gratuity at the public university, creating grants for those who can not afford. Public education should continue to be free and of quality to those who can not afford it.

**Keywords:** Brazil, education, challenges, public education, free, quality.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objetivo discutir el Informe "Un Ajuste Justo: Análisis de la eficiencia y equidad del gasto público en Brasil" de 2017, del Banco Mundial que suscita la oportunidad para una reflexión sobre la Enseñanza en Brasil. El primero de ellos es entender la misión de la Enseñanza. Los gastos de enseñanza media y básica presentan un alto grado de ineficiencia y sería posible reducir en un 1% del PIB los gastos, manteniendo el mismo nivel de los servicios prestados. El gobierno gasta el 0,7% del PIB con las universidades federales. La universidad gratuita es también injusta: el 65% de los alumnos está entre el 40% más rico. A los más pobres, que no logran ingresar a la universidad pública, queda la opción del FIES. "No existe un motivo claro que impida la adopción del mismo modelo para las universidades públicas", afirma el estudio, sugiriendo el fin de la gratuidad en la universidad pública, creándose bolsas para quien no puede pagar. La enseñanza pública debe seguir siendo gratuita y de calidad para los que no puedan pagar.

**Palabras clave:** Brasil, educación, desafíos, enseñanza pública, gratuito, calidad.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Relatório "Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil", do Banco Mundial de 21 de novembro de 2017 nas páginas 121 a 138, trata da educação no Brasil.

As crescentes despesas públicas e a queda nos números de matrículas públicas resultam em um maior gasto por estudante e em razões aluno-professor ineficientes. Para municípios mais ricos a eficiência é ainda mais baixa dada a transição demográfica mais acelerada, o que resulta em uma redução mais rápida do número de alunos na rede pública. A obrigatoriedade constitucional de se gastar 25 por cento das receitas tributárias em educação contribui para que tais municípios aumentem os gastos por aluno de forma mais acelerada. Esse gasto adicional nem sempre se traduz em maior aprendizado, o gera ineficiências. Além de uma razão aluno-professor relativamente baixa, o sistema público de educação no Brasil é caracterizado por baixa qualidade dos professores e pelos altos índices de reprovação. Todos esses fatores levam a ineficiências significativas. Se todos os municípios e estados fossem capazes de emular as redes escolares mais eficientes,

seria possível melhorar o desempenho (em termos de níveis de aprovação e rendimento estudantil) em 40% no ensino fundamental e 18% no ensino médio, mantendo o mesmo nível de despesas públicas. Em vez disso, o Brasil está gastando 62% mais do que precisaria para atingir o desempenho atualmente observado em escolas públicas, o que corresponde a quase 1% do PIB. Os gastos públicos com o ensino superior também são altamente ineficientes, e quase 50% dos recursos poderiam ser economizados. Os gastos públicos com ensino fundamental e médio são progressivos, mas os gastos com o ensino superior são altamente regressivos. Isso indica a necessidade de introduzir o pagamento de mensalidades em universidades públicas para as famílias mais ricas e de direcionar melhor o acesso ao financiamento estudantil para o ensino superior (programa FIES).

## **2 DESENVOLVIMENTO**

Os gastos públicos com educação são divididos entre os três níveis de governo. Os gastos do Governo Federal na sua maioria vão para o ensino superior. No Brasil, os municípios são responsáveis pela maior parte das escolas de ensino fundamental (1º ao 9º ano), ao passo que a responsabilidade pelo ensino médio cabe aos estados. Todavia, o Governo Federal transfere recursos aos sistemas educacionais subnacionais por meio de repasses orçamentários. O Governo Federal também financia as universidades públicas e os programas de educação e formação técnica e profissional. Uma crescente parcela das despesas federais com educação está ligada à assistência financeira oferecida a estudantes que frequentam instituições privadas de ensino superior.

As despesas públicas com educação vêm crescendo rapidamente nos últimos anos, acima dos níveis observados em países pares. Em 2014, após uma década de rápido crescimento, as despesas com educação chegaram a 6% do PIB. Já em 2010, os gastos com educação no Brasil eram superiores à média dos países da OCDE (5,5%), do BRICS (5,1%) e da América Latina (4,6%). As despesas públicas com todos os níveis educacionais aumentaram a uma taxa real de 5,3% ao ano entre 2000 e 2014. O crescimento dos gastos ocorreu em todas as áreas, mas a educação infantil e o ensino médio observaram os índices de crescimento mais altos. O gasto por aluno cresceu ainda mais rapidamente (10,1% ao ano em termos reais), pois o número de estudantes nas escolas públicas de ensino fundamental e médio diminuiu na década de 2000 devido a mudanças demográficas e à migração para

instituições privadas. Em relação ao PIB per capita, o gasto por aluno no ensino fundamental quase dobrou, passando de 11,9% do PIB per capita em 2002 para 21,8% em 2014.

As despesas com ensino superior aumentaram rapidamente ao longo da última década. As matrículas no ensino superior triplicaram no Brasil nos últimos 15 anos, e as instituições privadas tiveram um papel fundamental nesse processo. As universidades públicas representam 25% das matrículas, sendo que as universidades federais equivalem a 15% do total. Em 2015, o Governo Federal gastou aproximadamente 0,7% do PIB com o ensino superior, principalmente por meio de transferências a universidades federais e empréstimos estudantis (por meio do programa FIES, em particular). Os recursos públicos alocados às 63 universidades federais brasileiras correspondiam a cerca de 0,5% do PIB em 2015. Desde 2010, o orçamento federal alocado às universidades federais tem observado um crescimento anual médio de 12% em termos nominais, ou 7% em termos reais. Considerando o crescimento anual de 2% nas matrículas, isso representa um aumento anual real de 5% no gasto por aluno das universidades federais.

O gasto médio por aluno no ensino superior não é alto, mas é consideravelmente elevado nas universidades e institutos federais. Em 2012, o gasto por aluno no ensino superior equivalia, aproximadamente, a 38% da média dos países da OCDE, o que está um pouco acima de países comparáveis em termos regionais e estruturais. O nível de gasto por aluno é comparável a outros países por meio do controle do PIB per capita. Se considerarmos somente as instituições públicas, no entanto, o nível de gasto por aluno é próximo ao verificado em países que possuem o dobro do PIB per capita do Brasil, e muito superior ao de vários países da OCDE, tais como Itália e Espanha. Além do mais, alunos nas universidades públicas brasileiras em média custam de duas a três vezes mais do que alunos matriculados em universidades privadas. Apesar desse custo por aluno bem mais elevado, em média o valor agregado das universidades públicas é semelhante ao valor agregado das universidades privadas.

Os resultados de educação melhoraram no Brasil, mas permanecem baixo ao se considerar o drástico aumento dos gastos. Apesar dos avanços significativos em acesso, conclusão e aprendizagem no sistema educacional brasileiro nas duas últimas décadas, a qualidade do ensino ainda é bem baixa. O Brasil obteve melhoras significativas na prova de matemática do PISA (Programa Internacional

de Avaliação de Estudantes). A nota média brasileira passou de 68% para 79% da média da OCDE entre 2002 e 2012. Contudo, desde então, os resultados caíram para 77% em 2015 (o mesmo nível de 2009). Quando se controla pelo nível de gasto por aluno, os resultados do PISA ainda são decepcionantes. O desempenho brasileiro medido pela prova de matemática do PISA em 2012 foi somente 83% do esperado para países com o mesmo nível de gasto por aluno. Países como a Colômbia e a Indonésia, por exemplo, atingiram pontuações semelhantes no PISA gastando bem menos por aluno. Já países como Chile, México e Turquia gastam valores similares ao Brasil e obtêm melhores resultados.

A ineficiência do gasto em educação básica no Brasil é elevada e vêm aumentando. Uma Análise Envoltória de Dados (DEA) com dados do PISA da OCDE sobre educação no Brasil e em outros países latino-americanos demonstra que as escolas brasileiras são relativamente ineficientes no uso de recursos (DEA orientada a insumos). Ademais, a ineficiência média aumentou de cerca de 45% em 2006 para 55% em 2012. Embora os gastos por aluno tenham aumentado, a maioria das escolas não conseguiu melhorar o desempenho, o que resultou em menor produtividade geral. A eficiência e o desempenho estão correlacionados: as escolas com os melhores resultados são, também, as mais eficientes. Os 25% de escolas com o melhor desempenho são, na média, 20% mais eficientes que as escolas no segundo quartil. Embora os fatores que causam um melhor desempenho escolar sejam, em grande parte, idiossincráticos e estejam relacionados à gestão escolar, escolas maiores, escolas urbanas e escolas privadas tendem a apresentar resultados melhores de desempenho e, também, de eficiência (Perelman et al., 2016).

O baixo desempenho do sistema educacional brasileiro reflete-se nas altas taxas de reprovação e evasão escolar, apesar das baixas e decrescentes razões aluno-professor. Mais de 35% dos alunos repetiram pelo menos um ano no ensino fundamental e médio, comparados a menos de 15% na OCDE e em países estruturalmente comparáveis, como a Turquia e a Rússia. As taxas de evasão escolar também são altíssimas (26%) em comparação com a OCDE (4%) e países comparáveis da região (14%). Isso ocorre apesar de o Brasil ter uma razão aluno-professor relativamente baixa. Na verdade, a razão média aluno-professor vem diminuindo porque a população de alunos no ensino público está em queda. Em 2014, a razão aluno-professor era 23 no ensino fundamental I, e 19 no ensino fundamental II. Esses valores estão acima da média da OCDE (15 e 13, respectivamente), mas um pouco abaixo da média de países estruturalmente

comparáveis (25 e 22 para o ensino fundamental I e ensino fundamental II, respectivamente) (OCDE, 2014).

O baixo índice de conclusão do ensino médio é outro indicador do baixo desempenho do sistema educacional. Os estudantes concluem o ensino médio aos 19 anos, em média, o que está um pouco acima da média de países comparáveis regionais e estruturais. No entanto, os altos índices de reprovação e evasão escolar observados no Brasil resultam em um percentual surpreendentemente alto de alunos que não concluem o ensino médio antes dos 25 anos de idade. Isso parece ser a principal causa dos altos custos por formando do ensino médio no Brasil, que são bem mais elevados que em qualquer outro país da América Latina.

A alta defasagem escolar tem início no ensino fundamental e prossegue até o ensino superior, o que resulta em um alto custo médio para formar um aluno. O Brasil possui uma taxa bruta de matrículas no ensino superior de 42%, muito acima da taxa líquida correspondente, que é 16%. Isso indica que mais da metade dos estudantes brasileiros de ensino superior já deveriam ter concluído o curso. As reprovações não somente são custosas, mas também refletem a falta de apoio dirigido aos alunos com desempenho mais fraco – geralmente de famílias desfavorecidas.

A baixa qualidade dos professores é o principal fator restringindo a qualidade da educação. O magistério permanece uma profissão desprestigiada. Os requisitos para ingresso em cursos de licenciatura são fracos e a formação é de baixa qualidade. É além da pouca seletividade na contratação de professores para os sistemas educacionais estaduais e municipais, os salários não são vinculados do desempenho. A mudança desse paradigma exigirá reformas coordenadas de políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal. As tendências demográficas, no entanto, oferecerão uma grande oportunidade para elevar o nível dos professores e da qualidade da educação ao longo da próxima década, pois estima-se que a população em idade escolar diminua em 25% entre 2010 e 2025. Isso, aliado a um grande número de professores que irão se aposentar nos próximos anos, permitirá uma maior seleção na contratação de um número menor de professores que serão necessários para substituir os que estarão se aposentando.

O piso salarial dos professores brasileiros está em linha com o que é pago em outros países com renda per capita similar. No entanto, os salários dos professores

no Brasil aumentam rapidamente após o início da carreira. Devido às promoções automáticas baseadas nos anos de serviço e da participação em programas de formação, em 15 anos de carreira os salários se tornam duas a três vezes superiores ao salário inicial, em termos reais. Essa evolução supera significativamente a maioria dos países no mundo. Além disso, vale destacar que os professores brasileiros têm direito a planos previdenciários relativamente generosos quando comparado a outros países da OCDE. Essa generosidade dos benefícios previdenciários é muito superior aos padrões internacionais. Enquanto professores do ensino básico recebem salários equivalente em linha com países de renda similar, os salários dos professores universitários parecem estar acima de vários países com renda per capita maior.

Uma comparação do desempenho de vários municípios brasileiros indica a possibilidade de uma economia equivalente a 1% do PIB se todos os municípios emulassem os municípios que estão na fronteira de desempenho. A alta variação de desempenho entre os municípios reflete, em parte, a diversidade do Brasil, mas também sinaliza a existência de ineficiências significativas. Foi realizada uma análise DEA comparando o desempenho com base nas pontuações do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) e nos gastos com educação em nível municipal e estadual. Em média, a variação das despesas dos municípios e estados somente explica 11% do desempenho no IDEB, o que indica que boas práticas gerenciais têm um impacto importante no resultado. Se todas as escolas conseguissem se equiparar às mais eficientes, o desempenho melhoraria em 40% no ensino fundamental e 18% no ensino médio. Em vez disso, o Brasil gasta 62% a mais do que o necessário para o desempenho observado. Isso corresponde a R\$ 56 bilhões (ou quase 1% do PIB). Desse total, R\$ 27 bilhões e R\$ 15 bilhões poderiam ser economizados, respectivamente, nas esferas municipal e estadual do ensino fundamental, e R\$ 15 bilhões, no ensino médio estadual.

Há escopo para melhorar o desempenho por meio do aumento das despesas no Norte e Nordeste, ao passo que o espaço para economia é maior nas regiões Sul, Sudeste e Centro-oeste. Os municípios e estados do Norte e Nordeste tendem a ser mais eficientes, e recursos adicionais teriam um impacto maior nessas regiões. Na verdade, a redução dos gastos nessas regiões poderia afetar negativamente o desempenho. Para as escolas nos estados e municípios das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste que gastam mais por aluno, a redução dos gastos não parece pôr em



risco os resultados. Essas tendem a ser menos eficientes e poderiam se beneficiar mais com melhoras na gestão.

A ineficiência dos ensinos fundamental e médio está principalmente relacionada ao número excessivo de professores. Aproximadamente 39% da ineficiência dos gastos brasileiros com educação estão associados às baixas razões aluno-professor (RAP). Se todas as escolas atingissem a fronteira de desempenho, o Brasil poderia aumentar o número de estudantes por professor em 33% no ensino fundamental e em 41% no ensino médio. Alternativamente, a redução do número de professores com base no número atual de alunos representaria uma economia de aproximadamente R\$ 22 bilhões (ou 0,33% do PIB), dos quais R\$ 17 bilhões no ensino fundamental, e R\$ 5 bilhões no ensino médio. As baixas razões aluno-professor são um problema significativo no ensino fundamental nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, onde mudanças demográficas estão causando a uma queda rápida no número de alunos das redes públicas. Em grande parte, esse problema poderia ser solucionado por meio da não reposição de parte dos professores que estarão se aposentando em breve. A redução do número de professores por meio da aposentadoria poderia ajustar as razões a níveis eficientes no ensino fundamental até 2027 e, no ensino médio, até 2026.

Também é possível aumentar a eficiência fazendo com que os professores dediquem mais tempo a atividades em sala de aula e reduzindo o absenteísmo. Professores no Brasil dedicam uma parte do tempo em atividades pouco produtivas. Em média, professores usam somente 65% de seu tempo para ensinar, ao passo que, segundo melhores práticas internacionais, o ideal seria 85%. Também é necessário reduzir o absenteísmo entre os professores. Em São Paulo, por exemplo, o índice chega a 16% e, em Pernambuco, a 10% (em comparação a 5% nos EUA). As ausências estão relacionadas a fatores ambientais (trânsito, violência, calor, estresse), mas também são causadas por leis permissivas que concedem licenças por muitos motivos não verificáveis. Além disso, desvinculação entre desempenho, estabilidade e remuneração, e mecanismos frágeis de monitoramento e controle fazem com que professores tenham pouco incentivos a manter frequência adequada. A literatura internacional oferece algumas possíveis soluções: introdução de um bônus por frequência para os professores; melhora dos mecanismos para registrar ausências e presenças; introdução e aplicação de ameaças de demissão por absenteísmo excessivo; introdução de benefícios vinculados à aposentadoria; e

publicação de índices médios de absenteísmo nos relatórios de desempenho das escolas.

A vinculação constitucional dos gastos em educação a 25 por cento das receitas dos municípios também contribui para a ineficiência dos gastos. Municípios mais ricos, com alta taxas de receita corrente líquida por aluno, tendem a ser bem menos eficientes que municípios mais pobres. Logo, é provável que para cumprir as regras constitucionais, muitos municípios ricos sejam obrigados a gastar em itens que não necessariamente ampliem o aprendizado. Isso é ainda mais preocupante dada a drástica transição demográfica pela qual o país está passando. Com a rápida queda da taxa de fertilidade para menos de 1,8, o número de alunos vem caindo rapidamente em muitos municípios, principalmente no Ensino Fundamental. Dado que essa queda do número de alunos não está necessariamente associada a uma queda das receitas correntes líquidas, isso implica que para cumprir a lei, muitos municípios são obrigados a gastar mais e mais por aluno, mesmo quando a receita se mantém constante. Além disso, esse gasto adicional muitas vezes não é necessário, e logo não resulta em maior aprendizado. A consequência é um aumento ainda maior da ineficiência.

No Brasil não faltam experiências positivas e inovadoras de como melhorar a qualidade da educação com recursos limitados. Inovações na gestão escolar no estado do Ceará demonstraram como melhorar significativamente os resultados de aprendizagem por meio de incentivos ao desempenho. No Ceará, a distribuição da receita tributária estadual (o ICMS) é baseada no índice de qualidade da educação de cada município. O Ceará também realizou intervenções na aprendizagem dos alunos, tais como o Programa de Alfabetização na Idade Certa (PAIC) e introduziu o fornecimento aos professores de materiais de ensino e alfabetização pré-elaborados. No Amazonas, os professores são avaliados pouco tempo após a sua contratação, e somente os melhores são mantidos. Um curso online obrigatório de duas horas e uma avaliação final é requisitos para todos os professores durante seu estágio probatório. Os estados do Rio de Janeiro e Pernambuco introduziram um bônus para os professores e funcionários com base no desempenho das escolas. O Rio de Janeiro também eliminou a nomeação política de coordenadores regionais e diretores de escolas, além de introduzir uma avaliação de desempenho anual para diretores escolares e regionais, e reuniões regulares para disseminar os resultados e dar destaque às escolas com desempenho melhor. Todas essas experiências se

mostraram custo efetivas, não somente melhorando o desempenho dos alunos, mas também aumentando a eficiência do gasto público em educação.

A grande maioria de brasileiros matriculados no ensino superior estudam em universidades privadas. Em 2015, dos aproximadamente 8 milhões de estudantes universitários, apenas cerca de dois milhões estavam em universidades públicas. A pequena minoria de estudantes que frequentam universidades públicas no Brasil tende a ser de famílias mais ricas que frequentaram escolas primárias e secundárias privadas. Ainda assim, o gasto por estudante nas universidades públicas no Brasil é consideravelmente mais alto do que em outros países com PIB per capita similar.

Em média, um estudante em universidades públicas no Brasil custa de duas a três vezes mais que estudantes em universidades privadas. Entre 2013 e 2015, o custo médio anual por estudante em universidades privadas sem e com fins lucrativos foi de aproximadamente R\$ 12.600 e R\$ 14.850, respectivamente. Em universidades federais, a média foi de R\$ 40.900. Universidades públicas estaduais custam menos do que as federais, mas ainda são muito mais caras do que as privadas, custando aproximadamente de R\$ 32.200. O custo por aluno dos institutos federais, a maior parte fundada desde 2008, é de aproximadamente R\$ 27.850.

Enquanto estudantes de universidades públicas tendem a apresentar melhor desempenho em exames padronizados, o valor adicionado das universidades privadas parece ser semelhante ao das universidades públicas. A pontuação média do ENADE para universidades públicas é maior do que para as privadas. No entanto, estudantes que entram nas universidades públicas tendem a já terem atingido um maior nível de aprendizado antes mesmo de iniciar os estudos. Por isso, a métrica mais relevante para se mensurar o valor adicionado é comparar a pontuação obtida com a pontuação esperada pré-universidade. Para os cursos de ciências exatas, universidades privadas tendem a adicionar tanto valor quanto as universidades públicas. Para as matérias de humanas, universidades privadas parecem adicionar mais valor, exceto pelos Institutos Federais. Para as ciências biológicas, Institutos Federais e universidades estaduais adicionam o maior valor; e universidades federais adicionam por volta do mesmo valor por estudante do que universidades privadas sem fins lucrativos, no entanto, elas custam cerca de três vezes mais.

As universidades privadas Brasileiras tendem a ser mais custo eficientes do que as públicas. Uma análise com metodologia DEA comparando o custo por estudante com o índice de valor adicionado do ENADE estima que universidades públicas são na média apenas 79% custo eficientes. Isto é, seria possível obter o mesmo desempenho com cerca de 20% a menos de recursos. Universidades privadas sem e com fins lucrativos apresentam eficiência média de 88% e 86%, respectivamente. Nossas estimações indicam que ao se tornarem mais eficientes, universidades e institutos federais poderiam economizar aproximadamente R\$ 10.5 bilhões por ano e ainda assim adicionar o mesmo valor que adicionam atualmente. Universidades estaduais poderiam economizar cerca de R\$ 2.7 bilhões por ano.

Os gastos públicos com o ensino fundamental e o ensino médio beneficiam os pobres mais que os ricos. Como os pobres dependem mais da rede de escolas públicas, os gastos públicos com o ensino fundamental I, em particular, são progressivos. Mais de 60% dos gastos com o ensino fundamental I beneficiam os 40% inferiores da distribuição de renda. Os gastos públicos com o ensino fundamental II, o ensino médio e a educação pré-escolar também são progressivos, embora um pouco menos, pois os mais pobres têm menos acesso a esses serviços. Nesse caso, os 40% mais pobres beneficiam-se de cerca de 50% dos gastos totais.

No entanto, os gastos com o ensino superior são muito regressivos. O ensino superior público recebe a maior parte do financiamento por aluno (aproximadamente US\$ 5 mil em PPC). Embora as matrículas no ensino superior venham subindo rapidamente no Brasil, o acesso a esse nível de ensino permanece altamente injusto. Em 2002, nenhum estudante universitário fazia parte dos 20% mais pobres da população e somente 4% integravam o grupo dos 40% mais pobres. Em 2015, aproximadamente 15% dos estudantes do ensino superior estavam no grupo dos 40% mais pobres. Os gastos públicos com o ensino superior beneficiam majoritariamente os estudantes das famílias mais ricas. Em particular, as universidades federais são totalmente custeadas pelo Governo Federal e não cobram pelo ensino. No entanto, somente 20% dos estudantes fazem parte dos 40% mais pobres da população, ao passo que 65% integram o grupo dos 40% mais ricos. Tal injustiça é agravada pelo fato de o acesso às universidades públicas ser regido por um exame de admissão muito concorrido. Os estudantes de famílias mais ricas têm condições financeiras para pagar professores particulares, ou frequentar os ensinos fundamental e médio em escolas privadas, que oferecem uma melhor

preparação para tais exames de admissão. Estudantes de famílias mais pobres, por outro lado, têm muito menos chances de ingressarem em universidades públicas.

Os retornos do ensino superior são altos no Brasil, o que justificaria deixar que os estudantes paguem pela própria educação. Embora os retornos do ensino superior tenham se reduzido um pouco nos últimos anos, eles permanecem altos no Brasil. Estudantes de famílias mais ricas têm acesso a ensino superior gratuito, o que aumentará sua renda futura. Portanto, o ensino superior gratuito pode estar perpetuando a desigualdade no país.

O Brasil é um dos países que menos gastam com alunos do ensino fundamental e médio, mas as despesas com estudantes universitários se assemelham às de países europeus, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Um dado que contrapõe isso, porém, é que quase 75% dos estudantes brasileiros no ensino superior estão em instituições privadas, contra cerca de 33% da média dos países da OCDE.

Com esse montante, o Brasil se aproxima de alguns países europeus, como Portugal, Estônia e Espanha, com despesas, respectivamente, por aluno universitário, de US\$ 11,8 mil, US\$ 12,3 mil e US\$ 12,5 mil, e até ultrapassa países como a Itália (US\$ 11,5 mil), República Checa (US\$ 10,5 mil) ou Polônia (US\$ 9,7 mil).

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível economizar quase 1% do PIB por meio da melhoria da eficiência nos ensinos fundamental e médio, sem comprometer o nível atual dos serviços prestados. Algumas opções de reforma para aumentar a eficiência nesses níveis de ensino. Permitir o aumento da razão aluno-professor nas escolas mais ineficientes para, gradualmente, chegar a níveis de eficiência por meio da não reposição dos professores que se aposentarem. Em média, a fronteira de eficiência seria atingida no ensino fundamental até 2027 se os professores aposentados não forem repostos; no ensino médio, a fronteira seria atingida até 2026. Somente esta medida economizaria até 0,33% do PIB. Outra recomendação para os municípios que precisarem repor os professores que se aposentarem seria limitar a contratação de

novos professores concursados, cuja demissão é extremamente difícil e cujos custos são significativos, uma vez que eles se aposentam cedo com vencimentos integrais. Expandir e compartilhar experiências positivas de gestão escolar que demonstraram bons resultados em vários estados e municípios do país. Alguns bons exemplos de intervenções que poderiam ser replicadas são: a nomeação dos diretores escolares com base em seu desempenho e experiência (e não por indicações políticas); o pagamento de bônus aos professores e funcionários com base no desempenho das escolas; a adaptação das políticas estaduais a necessidades locais específicas; o compartilhamento de experiências e melhores práticas; e o destaque às escolas com desempenho melhor.

O Brasil tem desafios gigantescos para acertar o seu Ensino Superior. Há ilhas de excelência aqui e ali – mas são ilhas nas quais as instituições, professores e pesquisadores pagam um preço alto para não sucumbir à mediocridade generalizada. O progresso de uma nação depende em grande parte da quantidade e da qualidade de suas elites, e isso está diretamente relacionado à qualidade do Ensino Superior. O ensino público no Brasil deve continuar gratuito e de qualidade para os alunos que não possam pagar uma questão de justiça social.

## REFERÊNCIAS

<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9617042e.pdf?expires=1505742573&id=id&accname=guest&checksum=9A1473703553566C867665F6E09222A1>

## **PULLMAN E PINHEIRINHO: REFLEXÕES A RESPEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO**

**JÂNIO URBANO MARINHO JÚNIOR:**  
Defensor Público Federal. Mestrando em direito pela FADISP.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo apresentar um estudo dos casos da Favela Pullman e do Pinheirinho, ambos submetidos ao Poder Judiciário, mas que tiveram resultados diversos. A favela Pullman desenvolveu-se a partir de uma ocupação nos anos 70, enquanto a ocupação Pinheirinho é bem mais recente, ocorrida a partir de 2003. A partir desses dois casos, é possível fazer uma reflexão do modo insuficiente que o Judiciário trata de conflitos coletivos e, no contexto do direito civil, discutir a função social da propriedade, a problemática de sua concretização em cada caso e especialmente a aplicabilidade do novo instituto “desapropriação judicial privada por posse-trabalho”. Enquanto na favela Pullman, a Justiça entendeu pelo reconhecimento do direito daqueles que ocuparam o local e ali fixaram residência, no caso Pinheirinho, houve um longo processo judicial, permeado por incidentes processuais, mas que acabou por reintegrar na posse os antigos proprietários, em prejuízo de todas as centenas de famílias que ali moravam, o que nos faz concluir que a função social da propriedade é sempre um processo em construção.

**Palavras-chave:** Pullman; Pinheirinho; função; social; propriedade.

**Abstract:** *This article aims to present a study of the cases of Favela Pullman and Pinheirinho, both submitted to the Judiciary, but they had different results. The Pullman was developed from an occupation in the 1970s, while the Pinheirinho occupation is more recent, occurring since 2003. From these two cases, it is possible to make a reflection of insufficient way that the Judiciary deals with collective conflicts and, in the context of civil law, to discuss the social function of the property, the problems of its implementation in each case and especially the applicability of the new institute "private judicial expropriation for possession-labor". While in the favela Pullman, the Court understood the right of those who occupied the place and settled there, in Pinheirinho, there was a long judicial process, permeated by procedural incidents, but which reinstated the former*

*owners, to the detriment of all the hundreds of families who lived there, which leads us to conclude that the social function of property is always a process under construction.*

**Keywords:** *Pullman; Pinheirinho; function; social; property.*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O caso da Favela Pullman. 3 O caso Pinheirinho. 4 Algumas reflexões a respeito dos casos Pullman e Pinheirinho e a função social da propriedade. 5 Aproximações: Pullman e Pinheiro e o instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho. 6 Considerações finais. 7 Referências.

---

## 1 Introdução

O presente artigo visa apresentar um estudo dos casos da Favela Pullman e do Pinheirinho e, a partir daí, expor algumas reflexões a respeito da função social da propriedade e, em especial, o instituto disciplinado nos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil de 2002, a desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

Para Flávio Tartuce (2017, p. 142), “*as palavras de Reale justificam a terminologia desapropriação judicial privada por posse-trabalho, que deve ser considerada a melhor a ser empregada. Essa expressão é utilizada, com pequenas alterações, por Maria Helena Diniz, Lucas Abreu Barroso, Nelson Nery Jr. E Rosa Maria DE Andrade Nery, nos seus trabalhos aqui citados*”.

O caso da Favela Pullman, como ficou conhecido, teve repercussão em razão do emblemático acórdão proferido pelo Desembargador José Osorio, da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, que pode ser considerado como essencial para a compreensão do sentido da função social da propriedade, nas palavras de Flávio Tartuce (2017, p. 151).

Na zona sul da cidade de São Paulo, em um loteamento abandonado, denominado “Vila Andrade”, iniciou-se uma ocupação a partir de meados dos anos 70, ocupação essa que se expandiu de forma irregular até formar a Favela Pullman. Tempos depois, em dezembro de 1984, alguns proprietários desses lotes ajuizaram ação reivindicatória com fundamento no direito de propriedade, pedido que foi julgado procedente em primeira instância, mas que, em segunda instância, foi modificado, dando-se provimento à apelação dos réus para julgar improcedente a



demanda e reconhecer a neutralização do *jus reivindicandi* no caso concreto, por conta da conduta antissocial dos autores.

Já o caso Pinheirinho ganhou destaque, sobretudo, pela repercussão da reintegração de posse, ocorrida em 22 de janeiro de 2012, que se deu de forma extremamente conflituosa e violenta.

A ocupação do Pinheirinho deu-se em 25 de fevereiro de 2004, por cerca de 240 famílias, de forma muito organizada pelas lideranças locais, em uma área abandonada que era de propriedade da empresa falida SELECTA, tendo como principal acionista Naji Robert Nahas.

Até 22 de janeiro de 2012, data da reintegração de posse, viviam cerca de duas mil famílias, aproximadamente nove mil pessoas na ocupação, em um núcleo consolidado com casas de alvenaria, ruas traçadas, avenidas, praças, local para equipamentos públicos e áreas de preservação mantida.

A partir do estudo desses dois casos emblemáticos, cujas respostas do Poder Judiciário foram em sentido diametralmente opostos, pretende-se traçar algumas reflexões a respeito da função social da propriedade e em especial da desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

## **2 O caso da Favela Pullman<sup>[1]</sup>**

Em 28 de dezembro de 1984, é proposta ação reivindicatória, com fundamento no artigo 524 do Código Civil de 1916, combinado com o artigo 274 do Código de Processo Civil de 1973, alegando a propriedade de nove lotes de terreno da quadra 12 do loteamento denominado "Vila Andrade", pois *“os referidos lotes foram invadidos pelos Suplicados, que deles se apossaram ilegitimamente, ali construindo benfeitorias clandestinas, consistentes em barracos, transformando o loteamento em verdadeira favela, sem que os legítimos titulares do domínio possam exercer sua posse sobre os bens imóveis aludidos”*. Na defesa, os réus alegaram basicamente a consumação de usucapião e a realização de benfeitorias no local.

Durante a instrução probatória, houve a produção de prova pericial, apontando a perita que o local de fato tinha sido abandonado pelos proprietários e

posteriormente ocupado, de maneira irregular, por diversas famílias, com a construção de barracos primordialmente nas áreas dos terrenos dos lotes em questão, mas abrangeu parte das áreas destinadas às vias públicas.

Realizada audiência de instrução de julgamento, em maio de 1992, com a oitiva de três testemunhas dos autores e de três testemunhas dos réus. Em resumo, todas confirmaram a existência da “favela”, mas divergiram quanto ao início da ocupação, ressaltando-se o testemunho do padre Mauro Baptista, decisivo para o deslinde da causa, que afirmou: “foi pároco no local até 1.973 quando já havia o início da favela do ‘Pulman’. Ausentou-se do local até 1.979 quando para lá retornou encontrou a favela consolidada. Os réus aqui presentes moram na favela.”.

Em sentença prolatada em 06 de outubro de 1992, o juiz Plínio Tadeu do Amaral Malheiros julgou procedente o pedido para determinar a desocupação dos lotes, devendo ainda os réus pagarem aluguel mensal, desde o ajuizamento da ação até a efetiva desocupação. Como fundamento, argumentou que os autores lograram demonstrar o domínio dos lotes reivindicados, enquanto os réus “nada trouxeram aos autos, a não ser a dura e amarga realidade”. Afastou, ainda, a alegação de usucapião, sob o argumento, em linhas gerais, de que as testemunhas não indicaram com precisão o direito aquisitivo dos réus da presente ação, destacando que “*a Dra. Perita estimou a ocupação em dez anos, o que guardar maior correspondência com a prova oral, inclusive com o depoimento do Padre Mauro que disse que em 1.979 a favela estava consolidada*”. Rechaçou, por fim, a tese da posse de boa-fé, aduzindo que “*não é crível que se espere encontrar em São Paulo, uma das mais caras metrópoles do mundo, um palmo de chão que não seja de ninguém e assim considerado res nullius.*”

Não se conformando, os réus apelaram, pleiteando o reconhecimento da usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição da República, por se tratar de direito superveniente. Subsidiariamente, reiteraram a presença de boa-fé, pois adquiriram suas posses de terceiros, acreditando não haver qualquer impedimento, assim como o direito de indenização pelas benfeitorias e acessões.

No dia 16 de dezembro de 1994, a 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão, dando provimento ao recurso dos réus, prejudicado o recurso adesivo, por votação unânime.

O desembargador José Osório, em seu voto, não acolheu a alegação da defesa de “usucapião social urbano”, criado pelo artigo 183 da Constituição da República de 1988, *“porquanto, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação estava proposta havia três anos”*. Não obstante o afastamento dessa tese, mesmo assim, deu provimento à apelação dos réus, utilizando como fundamento, basicamente, a função social da propriedade, em voto emblemático.

De fato, reconheceu que os autores haviam adquirido os nove lotes de terreno no loteamento “Vila Andrade”, inscrito em 1955; reconheceu também a existência de uma favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de vinte anos, dotada de equipamentos urbanos (água, iluminação pública e luz domiciliar). No entanto, destacou que *“Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 9 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, em vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel”*.

Além disso, entendeu comprovado que o loteamento não chegou a ser efetivamente implantado e ocupado. *“Ele data de 1955. Onze anos depois, a planta aerofotogramétrica da EMPLASA mostra que os nove lotes estavam cobertos de ‘vegetação arbustiva’, a qual também obstruía a rua Alexandre Archipenko (fls. 220). Inexistia qualquer equipamento urbano”*. Fato esse que foi corroborado pelo depoimento do padre Mauro Baptista. Acrescenta, ainda, que *“loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico”*.

Para concluir que *“a realidade concreta prepondera sobre a ‘pseudo realidade jurídico-cartorária’*. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade”. Faz uma analogia, ainda, com uma cataclisma, uma erosão física, que leva ao perecimento do imóvel e perda do direito de propriedade, nos termos artigo 589, combinado com os artigos 77 e 78 todos do Código Civil.

De forma lapidar, afirma que *“para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente”*. Além do enfoque jurídico, reconhece a questão social do caso: *“O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.”*

No voto, também, indica a necessidade de uma interpretação constitucional dos institutos de direito privado. *In verbis*: *“A leitura de todos os textos do CC só pode ser fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (art. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.)”*.

E destaca que o princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, que atuaria de forma externa ao direito. *“O princípio da função social atua no conteúdo do direito”*, concluindo que o *jus reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade, mas permanece eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito. Assim, deu provimento à apelação dos réus, o que foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais julgadores.

Os autores opuseram embargos declaratórios. Rejeitados, interpuseram recurso extraordinário (fls. 536/545), por violação aos artigos 2º, 3º III, 4º VII, 5º *caput*, XXII, LIV, da Constituição da República e em razão da inconstitucionalidade do artigo 5º §5º da Lei nº 1060/1950, bem como recurso especial (fls. 569/564), por violação ao artigo 2º, ofendendo o princípio da inércia da jurisdição, uma vez que o acórdão deu provimento à apelação, por fundamento diverso, questão essa não debatida nos autos até aquele momento; ao artigo 460, diante do julgamento *extra petita*; e ao artigo 515, por ofensa ao efeito devolutivo

do recurso, todos do Código de Processo Civil de 1973 e também ao artigo 524 do Código Civil de 1916.

Somente o recurso especial foi admitido e em parte, apenas no que toca à violação ao artigo 524 do Código Civil. No Superior Tribunal de Justiça, a quarta turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (fls. 616/628), assim ementado:

*“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.*

*I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.*

*II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.*

*III. Recurso especial não conhecido.*

*(REsp 75.659/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 344)”*

No voto, o ministro Aldir Passarinho Junior adotou a tese do abandono dos lotes, asseverando que na prática esses pereceram. Merece destaque o seguinte trecho do aresto: *“De efeito, consta que o loteamento, de 1955, jamais chegou a ser efetivado. Dez anos depois era um completo matagal, sem qualquer equipamento urbano, portanto inteiramente indefinidos no plano concreto, os lotes dos autores. Iniciou-se, pouco tempo após, a ocupação e favelização do local, solidificada ao longo do tempo, montada uma outra estrutura urbana indiferente ao plano original, como sói acontecer com a ocupação indisciplinada do solo por*

*invasões, obtendo, inclusive, a chancela do Poder Público, que lá instalou luz, água, calçamento e demais infra-estrutura. Aliás, chama a atenção a circunstância de que até uma das ruas também fora desfigurada, jamais teve papel de via pública (cf. fl. 503). Assim, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, resultado do abandono, aliás desde a criação do loteamento. Nesse prisma, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, tem-se, indubitavelmente, que o caso é, mesmo, de perecimento do direito de propriedade”.*

Foram ainda apresentados embargos de declaração e embargos infringentes, mas foram rejeitados, transitando em julgado a decisão.

### **3 O caso Pinheirinho**[\[2\]](#)

A dinâmica do processo judicial no caso Pinheirinho deu-se de forma completamente diversa.

O início do Pinheirinho remonta a 2003, com a ocupação de algumas casas abandonadas do CDHU, no Campo dos alemães, na zona sul da cidade de São José dos Campos. Mas, logo na sequência, essas famílias tiveram que desocupar essa propriedade, por conta de uma ordem judicial obtida pela Prefeitura; o que levou - depois de forma mais organizada pelas lideranças locais - a ocupação de outro terreno abandonado no dia 25 de fevereiro de 2004, por cerca de 240 famílias. Essa área abandonada era de propriedade da empresa falida SELECTA, tendo como principal acionista era Naji Robert Nahas. Segundo Milena Ginjo (2016, p. 39), “adquiriu o imóvel no ano de 1981 pelo valor de 130 milhões de cruzeiros. O imóvel foi utilizado como garantia de dois empréstimos: O primeiro, em 1982, no valor de um bilhão de cruzeiros, o equivalente a R\$ 20 milhões em 2012, contraído com o banco BCN, com sede no Brasil. O segundo, em 1986, no valor de 10 mil dólares, contraído com o banco Bamef Lanque de La Mediterranée, com sede na França. Em 1989, Naji Nahas foi acusado de ser responsável pela quebra da bolsa do Rio de Janeiro. Na época, o empresário enfrentou inúmeros problemas decorrentes de supostas manipulações no mercado acionário para inflar o preço de suas ações da Vale do Rio Doce e da Petrobras, o que levou várias de suas empresas à falência, incluindo a Selecta”.

Até 22 de janeiro de 2012, data da reintegração de posse, viviam cerca de duas mil famílias, aproximadamente nove mil pessoas na ocupação, em um núcleo consolidado com casas de alvenaria, ruas traçadas, avenidas, praças, local para equipamentos públicos e áreas de preservação mantida.

Ocorre que no mesmo ano de 2004 foi proposta ação de reintegração de posse, em nome da massa falida na 18ª Vara Cível de SP, com o argumento de esbulho possessório; cuja liminar foi deferida, sendo expedida carta precatória para a Comarca de São José dos Campos. No entanto, um dos moradores do Pinheirinho pede a suspensão do cumprimento da ordem judicial, que é deferida pelo juiz titular da 6ª Vara dessa mesma Comarca. Dessa decisão a massa falida impetra mandado de segurança na Comarca de São Paulo, uma vez que haveria “verdadeiro atentado aos regramentos legais vigentes e ao equilíbrio e estabilidade da jurisdição”, segundo os advogados da massa falida. Concedeu-se nova liminar para reintegração de posse. Inconformado o advogado do Pinheirinho interpõe-se agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que foi provido, reconhecendo-se a incompetência do Juízo de São Paulo.

Assim, os autos são encaminhados para São José, sendo inicialmente mantida a suspensão da liminar. Não obstante, a massa falida interpôs agravo de instrumento ao Tribunal, ao argumento de que a última liminar concedida pelo juízo de São Paulo seria válida, pois não tinham sido declarados nulos os atos anteriores daquele juízo, sendo certo que o Relator decidiu favoravelmente e concedeu efeito ativo ao recurso para imediato cumprimento da reintegração, decisão essa ratificada pelo órgão colegiado. Foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário, sendo que somente o primeiro foi admitido.

Quase cinco anos depois, ou seja, em 22 de fevereiro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para reconhecer a inadmissibilidade do agravo da SELECTA. Assim, passou-se a valer novamente a decisão do juiz da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, que negou cumprir a reintegração de posse.

Retomado o curso normal da ação de reintegração de posse, uma nova juíza profere decisão em sentido diametralmente oposto, determinando o cumprimento da precatória no sentido da reintegração de posse. Na sequência, designa uma reunião para delimitar como se dará a execução da ordem; o que gerou a apresentação de novo agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça.

Nesse interim, acontecem protestos dos moradores do Pinheirinho, o que ocasionou até mesmo a manifestação do Secretário Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades Norman Oliveira, que encaminhou ofício à

juíza, na tentativa de se buscar uma solução mediada. É firmado um protocolo de intenções junto à Prefeitura pelos diversos atores envolvidos.

A partir dessa intervenção do Ministério das Cidades, é proposta nova ação na Justiça Federal, sob alegação de que havia interesse da União em regularizar o Pinheirinho, conforme protocolo de intenções, cuja liminar foi deferida, em regime de plantão, para que as forças policiais se abstivessem de efetivar a reintegração do Pinheirinho. Entendeu-se que havia “*indícios de interesse da União Federal na solução da questão posta em lide, de modo a atrair a competência deste Juízo para analisar o caso*”.

O juiz titular, no entanto, afasta o interesse da União, entendendo que não haveria interesse jurídico (ilegitimidade *ad causam* da União), mas somente político no caso. Assim, é interposto agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que mantém a União no polo passivo.

Até esse momento, havia o seguinte quadro: uma decisão do Desembargador Antonio Cedenho que impedia a efetivação da reintegração de posse e, de outro lado, uma decisão da juíza Márcia Loureiro (justiça estadual), autorizando a reintegração.

Dessa feita, a juíza da Vara de São José dos Campos, ao tomar conhecimento da decisão do Tribunal Regional Federal, encaminhou uma consulta ao Presidente do Tribunal de Justiça Ivan Ricardo Garisio Sartori, que, em resposta, determina a manutenção do cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, proferida no juízo estadual.

No dia 22 de janeiro de 2012, por volta das 5 horas da manhã, a polícia ingressa no Pinheirinho, com cerca de 2 mil policiais e guardas civis, para cumprimento da decisão judicial, inclusive com a utilização de helicópteros, que lançavam sobre as casas bombas de gás lacrimogêneo.

Buscou-se ainda suscitar conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça, mas foi mantida a ordem judicial de reintegração de posse, tudo no mesmo dia; o que ocorreu de forma bastante conflituosa e violenta, como relataram diversos jornais à época[3].

Como constatou Jorge Luiz Souto Maior (2012), “*o que aconteceu na localidade conhecida por Pinheirinho, em São José dos Campos, município que possui um dos maiores orçamentos per capita do Brasil, pode ser considerado uma das maiores agressões aos Direitos Humanos da história recente em nosso país*”. No dia seguinte, emblemáticas foram as palavras do governador do Estado de São Paulo Geraldo Alkmim, “decisão judicial se cumpre e ponto”.



#### **4 Algumas reflexões a respeito dos casos Pullman e Pinheirinho e a função social da propriedade.**

Apresentados os casos Pullman e Pinheiro e seus desdobramentos completamente diversos, algumas observações merecem ser feitas.

Como dito, o lugar do presente estudo é a perspectiva do direito civil, especialmente a função social da propriedade. No entanto, para ser bem compreendida a questão, não se pode perder de vista o contexto social mais amplo, envolvendo o direito à moradia e os conflitos sociais daí emergentes.

Apesar das limitações do Judiciário como espaço de transformação social, o que se percebeu a partir do caso Pullman foi a possibilidade de uma análise do caso concreto que leve em consideração todos os fatores envolvidos, ou seja, o reconhecimento de que não se trata simplesmente de uma questão individual, mas sim uma questão coletiva que tem importantes repercussões sociais. A bem da verdade, há um conflito social, que não se esgota no âmbito do processo judicial, por certo e não pode ser desprezado pelo juiz no momento de proferir sua decisão.

Essa diferença de postura é perfeitamente identificada em ambos os casos. No processo judicial da favela Pullman, inicialmente, nota-se um posicionamento extremamente formalista do magistrado que proferiu a sentença ao julgar procedente o pedido de reintegração de posse, ressaltando que, de um lado, os autores comprovaram o domínio dos lotes, mas, de outro lado, os réus não se desincumbiram do ônus de provar fato impeditivo do direito, porque nada trouxeram aos autos a fim de comprovar a posse de boa-fé. Aduziu não ser crível que em uma cidade como São Paulo houvesse “um palmo de chão que não seja de ninguém”.

Por meio desse tipo de argumentação, é possível perceber que houve uma redução da complexidade do conflito submetido ao Poder Judiciário. A questão não poderia ser colocada apenas como um conflito bilateral, apta a ser solucionada tão-somente por meio da técnica regulamentar, verificando-se apenas a subsunção estrita dos fatos ao direito de usucapião previsto no Código Civil de 1916, de maneira formalista, ou mesmo os estritos requisitos da reintegração de posse, previstos na legislação processual.

Da mesma forma, ao descrever a dinâmica do caso Pinheirinho, tal postura é também visível, até mesmo pelos inúmeros incidentes processuais provocados. O conflito foi reduzido ao enquadramento dos requisitos legais para deferimento da liminar em uma ação possessória. Enquanto isso, o processo se prolongou por anos, e a ocupação Pinheirinho foi se sedimentando e crescendo. A esse respeito, valem destacar as palavras de Milena Ginjo (2016, p. 92): *“O estudo do caso Pinheirinho permite-nos observar uma forma de juridificação de demandas sociais, na qual o conflito apresenta outra configuração. É o particular, o agente privado (polo ativo), que provoca a jurisdição para demandar contra a sociedade civil organizada (polo passivo). Nesse momento, não já demanda social, não se fala em direito à moradia. Isso ocorre num segundo momento, quando o movimento social ‘fala’ no processo. Os advogados apresentam o direito à moradia como tese de defesa, como tentativa de requalificação do conflito: ‘Não se trata de conflito Caio x Ticio’.”*

Essa postura formalista não deixa de ser resultado de uma influência direta do Código Civil de 1916. Sob o enfoque do direito material, em uma perspectiva histórica, o Código Civil de 1916 é resultante das doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão, que trouxe o mito de que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações, tendo como aspecto fundamental a exasperação da técnica legislativa regulamentar (TEPEDINO, 2006, p. 21-46). Não se olvide que “a redação da legislação civil brasileira repercute ainda, em sua literalidade, a concepção individualista da propriedade” (LÔBO, 2017, p. 127).

No caso da favela Pullman, é bem verdade que inicialmente a ocupação deu-se de forma desorganizada e irregular. No entanto, a ocupação se consolidou, demandando benefícios sociais ou mesmo individuais coletivamente fruíveis, implicando também em uma coletivização dos conflitos (LOPES, 1994). No caso Pinheirinho, não resta dúvida quanto à sua organização desde o primeiro momento. Foi um movimento articulado por lideranças locais, com o fito de garantir moradia digna a centenas de famílias.

A respeito do Pinheirinho, Jorge Luiz Souto Maior (2012) ressaltou que a ocupação, para fins de moradia, de uma terra improdutiva, abandonada, sobre a qual o proprietário não exerce o direito de posse, que não serve sequer ao lazer e que pela sua localidade e tamanho precisa, necessariamente, atender a uma

finalidade social, não é mera invasão, tratando-se, em verdade, de uma ação política que visa pôr à prova a eficácia dos preceitos constitucionais.

Enquanto no caso Pinheirinho ficou evidente que não se enfrentou, de forma adequada, a ponderação sobre a função social da propriedade, na situação da favela Pullman todos esses aspectos não foram desprezados na solução do litígio, na acurada e sensível análise do desembargador José Osório. Ressalte-se que o Desembargador não desprezou o aspecto social da questão ao destacar a impossibilidade de um desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada.

Assim, evidente que essa leitura serviu de substrato para a concretização da cláusula geral da função social da propriedade, a partir de uma perspectiva constitucional, no sentido de se buscar uma “remoção dos obstáculos à emancipação das pessoas não proprietárias ou possuidoras, notadamente com a redução das desigualdades sociais, cumprindo-se o mandamento constitucional de justiça social” (LÔBO, 2017, p. 122). Para esse autor, essa constitui uma das finalidades da função social da propriedade, ao lado da “*harmonização dos interesses individuais do titular da posse ou da propriedade com os interesses sociais e supraindividuais (como a preservação do meio ambiente)*”.

Não obstante, como bem destacou Milena Ginjo (2016, p. 96), no caso Pinheirinho, “a falta de ponderação sobre a função social se deve ao caráter abstrato da norma, ou à sua abertura. Essa é uma discussão importante no direito urbanístico”.

Da mesma forma, Orlando Gomes (2008, p. 128) já alertava para a dificuldade do intérprete diante da vagueza da noção da função social da propriedade, ao afirmar que “*A função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do direito civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário*”.

Na mesma linha, José de Oliveira Ascensão (1971, p. 143-144) distingue entre “os autores que não atribuem mais nenhum sentido específico à norma constitucional, enquanto ela não for prolongada na legislação ordinária” e aqueles “autores que pretendem, pelo contrário, que tal norma é de direito actual, é conteúdo necessário de toda a propriedade.”

Em uma concepção clássica, a propriedade era vista sob o ponto de vista exclusivamente estrutural, limitando-se o Código Civil de 1916 a descrever e assegurar os poderes do proprietário, sendo que a propriedade submetia-se apenas a limites externos a seu exercício (TEPEDINO, 2009, p. 175-199), exatamente como se pode perceber na sentença da Favela Pullman, ao acolher o pedido dos autores, diante da comprovação do domínio e da ausência de fatos impeditivos desse direito.

No entanto, como bem ressaltado no voto do desembargador Osório, não se pode desprezar a perspectiva constitucional na análise do conceito de propriedade. Ao mesmo tempo em que é garantido o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), como direito fundamental, a Constituição deixa claro que a propriedade atenderá a sua função social, no inciso seguinte (XXIII). Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 241) ressaltam que “*Esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementariedade, como princípios de mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro. A visão romanística, egoística e individualizada sucumbiu em face da evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante em que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimidade pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades.*”

Nessa perspectiva, a função social da propriedade, sob o manto dos valores constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, torna-se elemento interno do domínio, de tal maneira que as liberdades individuais devem ter por função também o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício, ao lado dos legítimos interesses de seu titular (TEPEDINO, 2009, p. 175-199).

Função social essa que deve ser compreendida sob uma dupla intervenção: limitadora e impulsionadora, consoante relata José de Oliveira Ascensão (1971, p. 140), explicando que “*no primeiro caso a lei pretenderia apenas manter cada titular dentro dos limites que se não revelassem prejudiciais à comunidade, enquanto que no segundo interviria activamente, fomentaria, impulsionaria, de maneira a que de uma situação de direito real derivasse um resultado socialmente mais valioso.*”

No voto, o desembargador José Osório deixou evidente essa segunda perspectiva, ao afirmar que “o princípio da função social atua no conteúdo do direito”, impondo condutas aos proprietários, no sentido de dar alguma destinação útil aos lotes adquiridos. Isso porque, segundo Paulo Lôbo (2017, 118), “*a ideia de função social da propriedade – e, por correlação, da posse – deriva da integração de deveres à propriedade*”.

Em relação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que, basicamente, foram mantidos os mesmos fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas acrescentando a tese do abandono dos lotes. Para Tartuce (2017, p. 157), “*não há dúvidas de que o Ministro relator reconheceu a função social da posse como fundamento para o preenchimento do conceito de função social da propriedade.*”

Note-se que, efetivamente, houve o pagamento dos impostos dos lotes, o que, todavia, não tem o condão de afastar a conduta antissocial dos autores. A função social da propriedade não é atendida tão-somente pelo cumprimento de obrigações tributárias da propriedade, mas sim com a efetiva destinação adequada da coisa.

Não se pode esquecer que o Código Civil de 2002 previu expressamente a função social da propriedade nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1228. “*Agora está na lei: o novo Código Civil contempla a função social e chancela, em seu descumprimento, uma intervenção expropriatória. É o que prevê o §4º do art. 1.228 do CCB de 2002*” (GOMES, p. 128).

## **5 Aproximações: Pullman e Pinheiro e o instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho**

Diante dessas duas narrativas que seguiram destinos completamente diversos, é possível ainda tecer algumas reflexões a respeito do instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, previsto de forma inovadora no artigo 1228 §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002, assim delineado: “§ 4º *O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.* § 5º *No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores*”.

Trata-se de criação brasileira, representando uma das principais restrições ao direito de propriedade (TARTUCE, p. 2017, p. 142), cuja constitucionalidade foi reconhecida pela maioria da doutrina, conforme se pode constatar do enunciado 82 da I Jornada do CNJ: “*É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil*”.

Para Orlando Gomes (2008, p. 117), “*a mais enérgica das limitações ao direito de propriedade alarga-se nos seus fundamentos, tendendo-se para admitir seu emprego por desamparo do imóvel, desvio de sua destinação, venda para loteamento popular e manutenção de posseiros no solo que ocuparam*”.

Maria Helena Diniz (2012, p. 884) aponta que “*tal inovação tem por base a humanização da propriedade, a socialização da posse, a função social da posse e da propriedade e a justiça social (CF, art. 5º, XXIII, e 170, III)*”, protegendo de forma específica essa posse qualificada.

Ressalte-se que “*não só a função social da propriedade terá um papel fundamental no Direito Civil, mas também, em razão da socialidade no nosso ordenamento, a posse, que deverá cumprir uma função social*” (CASSETTARI, 2008, p. 107). Aliás, a posse-trabalho, no instituto ora estudado se sobrepõe ao conceito de propriedade, já que dará uma contribuição para que a propriedade alcance a sua função social.

A respeito da natureza jurídica desse instituto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1031) entendem que se trata de “*usucapião rural coletiva*”, uma vez que “*a perda da propriedade se dá pela posse exercida por uma*

coletividade de pessoas, dentro de um lapso de tempo previsto em lei (5 anos), não há, em nosso sentir, como negar a nota característica da prescrição aquisitiva, razão por que a tese do usucapião nos pareceria mais atrativa”. Maria Helena Diniz (2012, p. 884) sublinha que *“Há quem ache que pelos seus requisitos (posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos) seria uma ‘usucapião onerosa’, visto que os ‘possuidores-usucapientes’ sujeitar-se-iam ao pagamento de um quantum indenizatório ou uma conversão da prestação de restituir a coisa, não de indenizar em dinheiro, similar à hipótese prevista no parágrafo único do art. 1255 do novo Código Civil”*.

Todavia, a maioria da doutrina entende que se aproxima muito mais da ideia de desapropriação, principalmente por conta do pagamento de justa indenização (TARTUCE, p. 2017, 142), em que pese não se identificar, perfeitamente, com a desapropriação clássica por ser promovida por particulares e não pelo Poder Público.

Adverte Cassettari (2008, p. 109) que se deve refutar a denominação de “usucapião indenizável”, *“haja vista que desde o tempo de Labão, um dos maiores doutrinadores no assunto do Direito Romano, até os dias de hoje, em nenhum momento se viu uma modalidade de usucapião indenizável”*.

Registre-se, por fim, uma terceira posição de Paulo Lôbo (2017, p. 122), entendendo que se trata de uma “aquisição por acessão invertida de áreas ocupadas”, como modalidade de acessão proveniente de ato humano, nos termos do artigo 1248, V, do Código Civil, porque – para ele - a desapropriação é instituto de direito público que pressupõe ato da administração de declaração da utilidade ou necessidade públicas, mas *“em nosso sistema de divisão de poderes, não pode o Judiciário, em sua atividade jurisdicional, substituir-se à administração pública (esta é exercida pelos tribunais, apenas em âmbito interno e no interesse destes)”*. De outro lado, na acessão invertida de terras ocupadas, a perda da propriedade não decorre de qualquer iniciativa do Poder Público, mas da própria comunidade e do reconhecimento judicial, que determina o registro, após o pagamento da indenização correspondente.

De qualquer forma, a previsão legal dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 traz diversos conceitos indeterminados, tais como “extensão área”, “boa-fé”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços de interesse social e

econômico relevante”, os quais vão exigir do intérprete o seu preenchimento caso a caso.

Especificamente quanto à boa-fé, Tepedino (2006, p. 160) adverte que “*a interpretação literal ao dispositivo levaria à sua inaplicabilidade prática, sendo difícil caracterizar nestes casos a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento do vício possessório nas situações ali descritas. A interpretação há de ser, aqui, evolutiva, expandindo-se a noção de boa-fé e ampliando-se a legitimidade dos títulos para este efeito*”.

Preocupação essa corrente na doutrina que levou a edição do enunciado 309 da IV Jornada do CNJ: “*O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228*”. Também Tartuce (2017, p. 149) afirma que se refere à boa-fé objetiva, pois relacionada à conduta dos envolvidos, de modo que devem ser confrontadas as posses dos envolvidos, prevalecendo a melhor posse, por atender à função social.

Nessa perspectiva, Renan Lotufo (2008, p. 337) afirma haver uma aproximação do caso da Favela Pullman com o referido dispositivo do Código Civil: “*Já no que tocante ao art. 1.228, §4º, traz figura nova, que tem precedente jurisprudencial paradigmático, anterior à vigência do código*”, referindo-se exatamente ao julgado do Desembargador José Osório. Flávio Tartuce (2017, p. 157) tem a mesma opinião.

Tendo em vista os requisitos acima indicados, parece razoável concluir – a partir da análise do processo judicial - que a favela Pullman estaria localizada em uma extensa área e ocupada por um número considerável de pessoas. Isso porque os nove lotes em questão eram ocupados por cerca de 30 famílias. Também o requisito temporal de cinco anos, bem como o da posse ininterrupta restaram adequadamente preenchidos, conforme se constata do conjunto probatório dos autos, uma vez que ocupavam a área desde meados dos anos 70.

O requisito de maior dificuldade de comprovação seria a presença de boa-fé, como aliás ficou claro na argumentação da sentença. No entanto, partindo-se da ideia de boa-fé objetiva, é perfeitamente razoável inferir o seu preenchimento, porquanto os ocupantes deram uma finalidade social aos lotes, o que não ocorreu anteriormente com a posse dos autores. Nesse sentido: “*A conclusão é que a ideia de função social serve para preencher o conceito de boa-fé. Confrontando-se a*



*posse dos proprietários, que nunca deram qualquer destinação aos imóveis (posse antissocial, diante da inércia, do ato negativo), com a posse dos ocupantes, percebe-se que os últimos dotaram o bem de uma finalidade social (posse social, diante da atuação coletiva, do ato positivo). Por isso é que a sua posse é melhor e pode ser tida como posse de boa-fé, se confrontada com a dos autores da ação reivindicatória. Deve-se entender que a boa conduta desses ocupantes serve para convalidar uma posse inicialmente injusta e de má-fé, pelo ato de invasão”(TARTUCE, p. 158).*

Como o caso em discussão deu-se anteriormente à edição do Código Civil de 2002, evidentemente que no acórdão do desembargador José Osório não tratou de justa indenização, consoante previsto no parágrafo 5º. No entanto, caso se entenda pela possibilidade de desapropriação judicial privada, deveria ser aplicado o enunciado 308 da IV Jornada do CNJ, com o pagamento da indenização pela Administração Pública. Eis o teor do enunciado: *“A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil”*. Nesse sentido, *“entende-se que não há outra solução senão o Estado realizar o pagamento, já que ele é quem, também, deve garantir o direito à moradia, conforme o art. 6º da Constituição Federal”* (CASSETTARI, 2008, p. 115).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela fixação de indenização a ser paga pelo ente público, afirmando que *“O Município de Rio Branco, juntamente com o Estado do Acre, constituem sujeitos passivos legítimos da indenização prevista no art. 1.228, § 5º, do CC/2002, visto que os possuidores, por serem hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel (ex vi do Enunciado 308 Conselho da Justiça Federal)”*.

Sobre ainda a questão em concreto, destacou que *“A solução da controvérsia exige que sejam levados em consideração os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, em face das situações jurídicas já consolidadas no tempo, de modo a não piorar uma situação*

*em relação à qual se busca a pacificação social, visto que "é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à moradia" (REsp 1442440/AC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/02/2018)*

No caso da favela Pullman, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu por negar o direito à ação petitória, pela aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade, permanecendo, no entanto, a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito. Percebe-se, assim, que os julgadores foram além, pois não fixaram indenização. *"A conclusão é de que a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, em relação ao famoso julgado, constitui até um retrocesso. Bom seria se a maioria da comunidade jurídica pensasse assim..."* (TARTUCE, p. 2017, p. 160)

Já, no caso Pinheirinho, não parece ser possível se pensar em desapropriação judicial privada por posse-trabalho, porquanto estar ausente o requisito temporal de 5 anos de posse-trabalho. A ocupação iniciou-se em 2004, sendo que a ação de reintegração de posse foi proposta já no mesmo ano.

De fato, a questão é que a maioria dos casos envolvendo ocupação de grandes áreas urbanas por diversas famílias não irá passar despercebido pelos proprietários, mesmo que não deem uma destinação adequada, que cumpra a função social da propriedade. Daí que a aplicação do novo instituto provavelmente será ínfima, não atendendo talvez à expectativa gerada pela doutrina à época de promulgação do Código.

Nessa perceptiva, além da justa indenização e da presença de um interesse social, configurado pela posse-trabalho, expressa no conceito indeterminado de "obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante", o que justifica a aproximação com o conceito de desapropriação judicial, pode-se questionar a manutenção do requisito temporal de cinco anos previsto no dispositivo da lei.

Ora, a partir do momento em que os ocupantes realizem obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, já estaria configurada a posse-trabalho, cuja ideia é a razão de ser da criação do instituto,

exatamente como se extraí das palavras de Miguel Reale, sendo despiciendo o requisito temporal de cinco anos, mesmo porque – em tais situações – também deve ficar evidente a inércia do antigo proprietário em dar a adequada destinação social ao imóvel.

É claro que tal sugestão implicaria em uma maior indeterminação do conceito da desapropriação judicial, exigindo do juiz, com maior rigor, uma análise caso a caso do preenchimento também do conteúdo da cláusula geral da posse-trabalho; o que, nada obstante, poderia abarcar de uma maneira mais adequada a complexidade desse tipo de conflito social.

Vale a advertência de Jose de Oliveira Ascensão (2011, p. 327-337): “*o trabalho sobre cláusulas gerais é mais difícil: mas é o único que pode levar a soluções corretas, que afastem simultaneamente, quer o mecanicismo, quer a pseudoequidade que esconde o arbítrio de quem é preguiçoso*”.

Assim, *de lege ferenda*, o instituto poderia abarcar outras situações nas quais haveria uma ocupação já estabelecida e consolidada, ou seja, presentes as obras e serviços de interesse social relevante, assim como a boa-fé objetiva, no sentido da ideia de melhor posse, mas sem o decurso do prazo de cinco anos, exatamente como se pode extrair do caso Pinheirinho, o que certamente contribuiria para uma maior efetivação da função social da propriedade.

## **6 Considerações finais**

A partir da reconstrução dos casos da Favela Pullman e do Pinheirinho, tornou-se possível refletir sobre as soluções diversas dadas pelo Poder Judiciário.

O estudo do processo judicial da Favela Pullman permitiu trazer à lume alguns detalhes importantes do caso, os quais demonstraram o acerto do voto do desembargador José Osório, ao aplicar a função social da propriedade e, por consequência, afastar o jus reivindicandi dos autores. O laudo pericial deixou bem claro que a área estava abandonada e que foi progressivamente sendo ocupada, de maneira bem irregular, mas que acabou por se consolidar na Favela Pullman, versão essa que é corroborada, de maneira geral, pela prova testemunhal produzida.

A função social da propriedade deve ser entendida a partir da perspectiva constitucional, sendo inerente ao próprio conceito de propriedade. Não se trata de mero limite externo à propriedade. O entendimento de que “o princípio da função social atua no conteúdo do direito”, como constou, de forma lapidar, no voto do Desembargador José Osorio, permitiu concluir que a conduta antissocial dos autores, quando abandonaram aqueles lotes, implicou na própria perda do *jus reivindicandi*.

De outro lado, o estudo do caso Pinheirinho nos indicou algumas limitações do Poder Judiciário, diante dos conflitos urbanos. Não obstante a gravidade da situação ali posta, com milhares de famílias na ocupação, verificou uma postura mais formalista ao reintegrar a posse do imóvel, em sede de liminar, desprezando toda complexidade do conflito coletivo ali colocado. O que permite também visualizar a dificuldade de se concretizar a cláusula geral da função social da propriedade, em cada caso concreto. Se na situação do Pullman, houve sensibilidade de se reconhecer a gravidade da questão em termos coletivos, o mesmo não se fez presente no Pinheirinho.

O novo instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, previsto no artigo 1228 §§ 4º e 5º do Código Civil apresenta-se com uma especificação, uma densificação da função social da propriedade. Analisando os seus requisitos, observa-se a presença de conceitos indeterminados. Debruçando-se sobre o caso da Favela Pullman, é possível concluir que atende a esses requisitos, de modo que, hipoteticamente, seria possível a aplicação da desapropriação judicial na hipótese, desde que a justa indenização ficasse a cargo do Poder Público, por se tratar de famílias de baixa renda. Pelos requisitos da lei, não seria possível o enquadramento do caso Pinheirinho.

A previsão de conceitos indeterminados foi acertada porque permite ao intérprete uma maior discricionariedade. Apesar disso, pensando em uma maior efetividade do instituto, o requisito temporal de cinco anos parece ser incompatível com o conceito de posse-trabalho, pois se já estão estabelecidas as obras e os serviços de interesse social e econômico relevantes, o prazo seria irrelevante para a concretização da função social da propriedade, o que poderia adequar ao caso Pinheirinho.

O fato é que “a construção da ideia de função social da propriedade e da posse é um processo inconclusivo. Permanentemente inconclusivo. Em cada tempo e lugar ela se revela e adquire dimensões de acordo com os valores sociais que as afirmam” (2017, p. 119), como se pôde perceber da análise dos casos da Favela Pullman e do Pinheirinho.

## 7 Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. Lisboa: Ed Universidade de Lisboa, 1971.

\_\_\_\_\_. Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações. In: *Direitos das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jone Figueirêdo Alves*. Fernanda Pessoa Chuahy de Paula, Iure Pedroza Menezes e Nalva Cristina Barbosa Campello (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRITO, Rodrigo Toscano. “Desapropriação Judicial” e Usucapião Coletivo: uma análise comparativa. In: *Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas*. Vol. 7. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2008.

CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil. In: *Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas*. Vol. 7. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GINJO, Milena de Mayo. Pinheirinho: dinâmicas de repressão e resistência na reconstrução dogmática do conflito fundiário urbano. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo a Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Coisas*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*. N. 21. 1994. Disponível em: <<https://www.usp.br/revistausp/21/SUMARIO-21.htm>> Acesso em: 13 jun 2017.

LOTUFO, Renan. A função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. 2006. Gustavo Tepedino (Organizador). São Paulo: Atlas, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Caso Pinheirinho Direito de propriedade deve atender à função social. In: *Consultor Jurídico*, 30 jan 2012. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social> > Acesso em: 23 nov 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; STOLZE, Pablo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

STOLZE, Pablo. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1063, 30 maio 2006. Disponível em: . Acesso em: 14 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

#### **Notas:**

[1] No presente estudo, o caso da favela Pullman foi reconstruído a partir da análise do respectivo processo judicial, registrado sob o nº 926/84, que tramitou na 3ª Vara Cível do Fórum Regional de Santo Amaro.

[2] A reconstrução do caso deu-se com base na dissertação de mestrado “Pinheirinho: dinâmicas de repressão e resistência na reconstrução dogmática do conflito fundiário urbano”, de Milena de Mayo ginjo, apresentada em 2016, na Escola de Direito de São Paulo a Fundação Getúlio Vargas.

[3] Por todas, cita-se a seguinte notícia: **Ministro chama de "praça de guerra" episódio em Pinheirinho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Cotidiano. 23 jan 2012. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/01/1038352-ministro-chama-de-praca-de-guerra-episodio-em-pinheirinho.shtml> > Acesso em: 22 nov 2017.**

## A PRIMEIRA CONDENAÇÃO BASEADA NO DIREITO PENAL DO AUTOR: A DE JESUS CRISTO

**MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH:**  
especialista em Direito Público e Criminal.

Estamos iniciando o tríduo pascal, neste período presenciamos, verdadeiramente, o primeiro julgamento da história pautado no direito penal do autor. Jesus não é julgado por ser um criminoso ou por ser um herege, mas sim por ser Jesus, uma pessoa humilde, do povo, que veio para libertar os pecados. Os judeus tinham em mente um salvador guerreiro, mas o filho de Deus, que se fez carne, era amor e misericórdia.

Direito penal do autor, conforme o ensinamento do maior criminalista da América Latina, Raul Eugenio Zaffaroni, é: *“este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais”*.

Os judeus que receberam no domingo de ramos e aclamaram Jesus, por influência dos sumos sacerdotes e dos fariseus foram convencidos que era um herege, que desrespeitava a lei. Porém, só isso não bastava para a pena capital (pena de morte na cruz).

Diante dessa comoção inflamada pelos sumos sacerdotes, que temiam perder seus poderes diante da magnitude do filho de Deus, criam a tese de que Jesus teria cometido blasfêmia ao se declarar o messias e filho de Deus Pai.

Do lado político, atrelado aos Romanos, à acusação contra Jesus era de rebelião. De insultar seus seguidores a enfrentar as normas do Império Romano.

Todavia, Jesus em momento algum cometeu o crime que lhe imputavam de blasfêmia presente no Misnah 7.5. Mesmo quando o Sacerdote que dirigia o julgamento, Caifás, perguntou à Jesus se ele era filho de Deus, para tentar caracterizar a blasfêmia, **Jesus responde que quem estava dizendo isso era o próprio Sacerdote.**

Nesse momento, para o Sumo Sacerdote e os demais julgadores, Jesus confessou o crime de blasfêmia. Em verdade, segundo as leis da torá e do império



romano ele poderia se recusar a responder sem que isso fosse considerado contra ele. Isto está claramente expresso em Mateus 26, 62-64: *Disse-lhe Jesus: Tu o disseste; digo-vos, porém, que vereis em breve o Filho do homem assentado à direita do Poder, e vindo sobre as nuvens do céu"*

Diante do silêncio, Caifás, em um ato de encenação e eloquência, asseverou (Mateus 26, 65-67): *"Então o sumo sacerdote rasgou as suas vestes, dizendo: Blasfemou; para que precisamos ainda de testemunhas? Eis que bem ouvistes agora a sua blasfêmia. Que vos parece? E eles, respondendo, disseram: É réu de morte. Então cuspiram-lhe no rosto e lhe davam punhadas, e outros o esbofeteavam"*

No entanto, a acusação contra Jesus Cristo não foi apenas a blasfêmia, mas também a acusação de profanar o sábado e ser um falso profeta. Jesus nos sábados salvou vidas, trouxe a paz, o amor e a misericórdia, logo crime algum cometeu, mesmo diante da lei da tora.

Todavia, para condenar à morte, além de passar por um julgamento religioso, perante o Sinédrio, ele teria que passar por um julgamento político perante o Governador Romano Pôncio Pilatos, visto que Roma dominava a região de Jerusalém e impunha seu Direito.

Diversamente do que queriam os Sacerdotes e os fariseus, no Direito Romano não havia essas acusações religiosas (blasfêmia e profanar o sábado). Então criou-se um dilema, como fazer? Outra acusação deveria ser feita e qual foi, nobres leitores, ora jurados?

Diante da dificuldade em achar uma acusação pautada no Direito Romano, após muita insistência dos Sacerdotes, a Jesus foi imputada a acusação de incitar o povo, a não pagar Impostos a César, declarar-se Rei e Sedição.

Todavia, no dia do julgamento político, nem o próprio Pilatos estava convencido da culpabilidade de Jesus Cristo. Para Pilatos não houve crime algum e estar-se-ia a condenar injustamente um judeu.

Após imensa pressão, a audiência começou e o Governador Romano indagou a Caifás: *"Que acusação trazeis contra este homem?"* João 18:29. E sem nenhum

fato concreto, Pilatos retrucou, conforme se extrai de João 18, 30: "**Levai-o vós, e julgai-o segundo a vossa lei.**" (dos judeus e não a romana).

No entanto, os judeus, a todo custo, inebriados pelo espírito de satanás, queriam a morte de Jesus e como pela Lei judaica isso não seria possível, eles necessitavam do Direito Romano, conforme se extrai João 18:31: "**A nós não nos é lícito matar pessoa alguma.**". Então Pilatos interpela Jesus questionando se era verdade o que diziam sobre ele.

Reconhecendo que Jesus crime algum tinha cometido, Pilatos insiste com os jurados: "**NÃO ACHO NELE CRIME ALGUM**".

Porém, a massa de judeus influenciada pelos seus líderes e sacerdotes queria a morte de Jesus e Pilatos tenta um último artifício para tentar impedi-la: propõe à multidão o *privilegium paschale*, que seria a anistia conferida pelo Governador Romano por ocasião da grande festa.

Então Pilatos, mais uma vez, tenta soltar Jesus, visto que não viu nenhum crime, todavia a pressão das pessoas que lá estavam presentes o forçou a ter um comportamento contrário (João 19, 4-12).

Exaurido de argumentos para soltar Jesus, que sabia ser absolutamente inocente das acusações, Pilatos toma sua última atitude (Mateus 27, 24): "**Então Pilatos, vendo que nada aproveitava, ante ao tumulto que crescia, tomando água, lavou as mãos diante da multidão, dizendo: Estou inocente do sangue deste justo. Considerai isso. E, respondendo todo o povo, disse: O seu sangue caia sobre nós e sobre nossos filhos**".

Pilatos lavou as mãos sobre a condenação de Jesus Cristo, e disse: "**Ora, caros jurados, da análise do caso em foco percebem-se diversas ilegalidades**".

Todavia, há vícios insanáveis nas acusações. Para tanto, basta uma mera leitura em **Deuteronômio 19** e veremos que **uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato.**

Com efeito, quais foram as duas testemunhas que confirmaram o fato? **Não teve.** A única testemunha foi Judas Iscariotis, a qual foi ainda por cima corrompida por conta de 30 moedas! 30 míseras moedas de prata! Valor que era pago por um escravo. Mas percebam: **ele não chegou nem testemunhar fato algum, apenas agiu para entregar seu então líder!**

A verdade é que bem no período da páscoa, os principais príncipes dos sacerdotes e os escribas andavam procurando como matariam o Rei dos Judeus sem causar alvoroço, visto que Jesus havia se tornado um inimigo “do Estado”. E foi então que entrou o satanás em Judas, e esse propôs como o entregaria: ele diria aos soldados onde Jesus se encontrava e ao chegar lá beijaria o seu líder, indicando aos soldados quem era o Rei dos Judeus.

Senão bastasse tudo isso. O próprio Judas se “arrepende”, na verdade sentiu remorso, do que fez e entrega as moedas para os Sacerdotes, confessando que tinha entregado um homem inocente, conforme se extrai de Matheus 27, 1-4.

Como manter um julgamento sem nenhuma prova de crime cometido, agravado pelo fato que a única pessoa que testemunhou, confessou que errou ao acusar um homem inocente? Alguma semelhança com que acontece na Justiça Brasileira não é mera coincidência.

Destaque-se, ademais, que para satisfazer os critérios da lei, os próprios julgadores procuraram falsos testemunhos contra Jesus para configurar o fato e para que a lei fosse supostamente respeitada: *“Ora, os príncipes dos sacerdotes, e os anciãos, e todo o conselho, buscavam falso testemunho contra Jesus, para poderem dar-lhe a morte;” (Mateus 26:59). “E os principais dos sacerdotes e todo o concílio buscavam algum testemunho contra Jesus, para o matar, e não o achavam.” (Marcos 14:55).*

No entanto, depois de não achar uma testemunha sequer, infringindo diretamente a lei vigente, *“o sumo sacerdote, rasgando as suas vestes, disse: Para que necessitamos de mais testemunhas? Vós ouvistes a blasfêmia; que vos parece? E todos o consideraram culpado de morte”.* (Marcos 14:59-64).

Cabe aqui perguntar: Qual a prova de que algum crime foi cometido? Em que momento Jesus pode se defender? Quem o defendeu? Onde estavam as

testemunhas de defesa? Onde estavam as testemunhas de acusação? A lei foi jogada ao relento? Qual era a acusação que Jesus sofria? Blasfêmia? Mas isso foi comprovado? Ou o julgamento foi armado? Ele foi indiciado? Teve procedimento formal nos termos do direito romano? Jesus pôde apelar da Decisão?

Consoante destaca o historiador Ribeiro *“Jesus Cristo foi preso sem culpa, acusado sem indícios, julgado sem testemunhas legais, apenado com um veredito errado, e, por fim, entregue à mercê da boa vontade de um Juiz, no caso o governador Pilatos”*.

Diante do exposto, a única conclusão que se pode chegar que Jesus Cristo foi condenado sem ter cometido crime algum e sem que fosse respeitada a regra procedimental para julgamento de um judeu. Ou melhor foi condenado por ser o Messias, o Salvador. Ocorrendo assim a primeira condenação pautada do direito penal do autor na história. Entretanto, não podemos olvidar que na verdade ao invés dos jurados condenarem Jesus, foi ele que nos absolveu na cruz, morrendo por nós!



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO E  
O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/16**

**CAROLINA CARDOSO SOUZA**

**Rio de Janeiro  
2017/1º SEMESTRE**

**CAROLINA CARDOSO SOUZA**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO E O  
ADVENTO DA LEI Nº 13.245/16**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

**Rio de Janeiro**  
**2017/1º SEMESTRE**

S719i Souza, Carolina Cardoso  
A investigação criminal defensiva no direito  
brasileiro e o advento da lei n° 13.245/16 /  
Carolina Cardoso Souza. -- Rio de Janeiro, 2017.  
65 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Investigação criminal defensiva. 2. Princípio  
do contraditório e ampla defesa. 3. Lei n°  
13.245/16. I. Hora, Nilo Cesar Martins Pompilio da,  
orient. II. Título.

341.3421



## RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar a possibilidade de investigação defensiva no direito brasileiro, relacionando-a com alguns dispositivos presentes na legislação nacional, com destaque para a Lei nº 13.245/16, a qual conferiu novos direitos ao advogado, além de verificar o contraditório e a ampla defesa na investigação. O tema possui grande relevância, tendo em vista que a legislação brasileira não disciplina sobre uma investigação conduzida pela defesa, o que causa prejuízo ao imputado por não ter um tratamento isonômico com a acusação. Para alcançar esse objetivo, utilizou-se como metodologia a análise doutrinária acerca desta temática. Primeiramente, foi abordada a Lei nº 13.245/16 e suas divergências doutrinárias, o conceito do contraditório e da ampla defesa, a instrução preliminar conduzida pelos órgãos estatais, bem como a presença dessas garantias na investigação. Em seguida, analisou-se a investigação defensiva no modelo norte-americano e italiano. Por fim, foi estudada a investigação defensiva, sua aplicabilidade no Brasil e relação com alguns dispositivos de lei. Constatou-se que é essencial uma investigação pela defesa, paralela a estatal, e que a alteração legislativa objeto da pesquisa poderá contribuir com uma melhor defesa do imputado.

**Palavras-Chaves:** Investigação defensiva; Lei nº 13.245/16; inquérito policial; direito ao contraditório e à ampla defesa.



**ABSTRACT:**

The purpose of this study is to analyze the possibility of defense investigation in Brazilian law, relating it to some of the provisions of national legislation, especially Law 13.245 of 2016, which conferred new rights on the lawyer, as well as verifying the contradictory and full defense in research. The subject is of great relevance, considering that Brazilian law does not discipline an investigation conducted by the defense, which causes damage to the accused for not having an isonomic treatment with the prosecution. In order to reach this objective, the doctrinal analysis on this theme was used as methodology. Firstly, Law No. 13.245-16 was approached and its doctrinal divergences, the concept of the contradictory and ample defense, the preliminary investigation conducted by the state organs, as well as the presence of these guarantees in the investigation. Next, we analyzed the defensive investigation in the North American and Italian model. Finally, defensive research was studied, its applicability in Brazil and relation with some provisions of law. It was found that an investigation by the defense, parallel to the state, is essential, and that the legislative amendment that is the subject of the research may contribute to a better defense of the accused.

**Keywords:** Defense investigation; Law 13.245 of 2016; police investigation; right to the contradictory and full defense.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 BREVE CONTEXTO HISTÓRIO SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....</b>	<b>9</b>
<b>3 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA FEITA PELA LEI Nº 13.245/16.....</b>	<b>10</b>
<b>3.1 Divergências doutrinárias.....</b>	<b>11</b>
<b>4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>4.1 O princípio do contraditório.....</b>	<b>15</b>
<b>4.2 O princípio da ampla defesa.....</b>	<b>16</b>
<b>4.3 Natureza jurídica da investigação criminal.....</b>	<b>19</b>
<b>4.3.1 Investigação pelo Ministério Público.....</b>	<b>23</b>
<b>4.3.2 Investigação pelo inquérito policial.....</b>	<b>25</b>
<b>4.4 O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial.....</b>	<b>32</b>
<b>5 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....</b>	<b>36</b>
<b>5.1 Sistema norte-americano.....</b>	<b>36</b>
<b>5.1.1 Modelo Judiciário estadunidense.....</b>	<b>36</b>
<b>5.1.2 Investigação defensiva norte-americana.....</b>	<b>37</b>
<b>5.2 Sistema italiano.....</b>	<b>40</b>
<b>6 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>42</b>
<b>6.1 Do princípio da igualdade, da eficiência e do garantismo.....</b>	<b>42</b>
<b>6.2 Modo de aplicação da investigação defensiva.....</b>	<b>44</b>
<b>6.3 Investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro.....</b>	<b>49</b>
<b>6.3.1 Dispositivos da legislação brasileira e a investigação defensiva.....</b>	<b>53</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>62</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva consiste em uma participação mais incisiva do sujeito passivo na fase de investigação preliminar, podendo promover, de maneira direta e por meio de seu defensor, diligências como forma de auxiliar em sua defesa e, assim, promover uma relação de paridade entre a acusação e o imputado.

Dentro deste cenário, a Lei nº 13.245, sancionada em 12 de janeiro de 2016, foi um avanço no direito de defesa do acusado, apesar de ainda estar longe de ser o ideal, tendo em vista que trouxe algumas alterações ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) concedendo, assim, novos direitos aos advogados, tais como o acesso aos procedimentos investigativos, inclusive fazendo cópia de peças em meio físico ou digital, a assistência aos clientes durante os interrogatórios e a prerrogativa de apresentar razões e quesitos.

Ocorre que a alteração legislativa acarretou em algumas discussões na doutrina, dentre as quais o presente trabalho dará ênfase à análise se há efetivamente o princípio do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa criminal. Além disso, também será analisada a relação dessas mudanças no Estatuto, ao ampliar o direito dos advogados, com uma investigação criminal defensiva.

De modo geral, as mudanças trazidas pela Lei nº 13.245/16 foram a nova redação dada ao inciso XIV do artigo 7º da Lei nº 8.906/94, além de ter incluído o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12 neste mesmo dispositivo.

O referido tema foi escolhido por ser um assunto pouco debatido na atualidade, apesar de possuir grande relevância. Além disso, a legislação brasileira não disciplina sobre uma investigação conduzida pela defesa, o que acaba causando prejuízos ao imputado por não ter um tratamento isonômico com a acusação em uma fase em que se buscam provas para acusá-lo.

Ademais, a alteração legislativa ocasionada com a vigência da Lei nº 13.245/16 poderá contribuir com uma melhor defesa do investigado desde a fase de investigação, o que aumenta suas chances de evitar uma ação penal contra si.

Com efeito, a presente pesquisa buscou reunir dados para responder o seguinte problema levantado com o advento da alteração legislativa em análise: Há a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa em fase de investigação criminal? A partir disso, buscou-se também responder as seguintes questões: Há investigação criminal defensiva no Brasil? Qual a relação da mudança trazida pela Lei nº 13.245/16, além de outros dispositivos, com uma investigação criminal defensiva?

O objetivo do presente trabalho será apresentar as controvérsias surgidas na doutrina perante as problemáticas acima relacionadas e buscar respostas para tais questões, quais sejam, a presença do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa e a contribuição de dispositivos presentes na legislação nacional para uma investigação defensiva, além da possibilidade desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa analisará o território nacional e estrangeiro, notadamente os Estados Unidos e Itália. Ademais, para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, sendo analisados artigos sobre o tema e livros sobre Direito Processual Penal e Investigação Criminal Defensiva, principalmente os seguintes autores: Aury Lopes Jr., André Augusto Mendes Machado, Manoel Messias Peixinho, Eduardo Luiz Santos Cabette, Diogo Malan e Antonio Scarance Fernandes.

O trabalho de conclusão de curso apresenta, de início, um breve contexto histórico sobre a investigação criminal. No capítulo seguinte, estão relacionadas as alterações legislativas que a Lei nº 13.245/16 realizou, além das divergências doutrinárias surgidas com seu advento, dando ênfase para a mudança ocorrida no inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Ordem.

O próximo capítulo caracteriza o princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, conceituando tais garantias e aludindo a questão da presença ou não desses princípios nesta fase preliminar. Além disso, em tópico específico, foi destacada a investigação criminal pelo Ministério Público e o principal modelo dessa fase preliminar, qual seja, o inquérito policial.

Em seguida será abordada a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico norte-americano e italiano. Depois, será estudada a aplicação da investigação defensiva e sua possibilidade no território brasileiro. Ademais, em item específico, será feita uma relação de



como as alterações legislativas ocasionadas pela Lei nº 13.245/16, bem como outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, contribuíram para essa sistemática. Por fim, o último capítulo apresentará a conclusão da pesquisa.

## **2. BREVE CONTEXTO HISTÓRIO SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Na Antiguidade Clássica, surgiu o primeiro sistema processual penal promovido por entes do Estado, ou seja, o acusatório no qual há a separação, em sujeitos diferentes, das funções de acusar, defender e julgar e, diante disso, a investigação criminal era feita pelas partes ou por órgão diverso do julgador.

Já na época da Roma Imperial surgiu o sistema processual inquisitório, o qual vigorou até a Idade Média. Aos poucos, todas as funções foram concentradas no Magistrado, sob o chamado procedimento penal de ofício (*cognitio extra ordinem*). O imputado era objeto da investigação, a qual era secreta, e esta era conduzida pelo julgador que o interrogava até mesmo por meio de tortura para conseguir sua confissão. Esse sistema prevaleceu nos países da Europa continental até o século XVIII.

A partir disso, com o Código Napoleônico de 1808, surgiu o sistema misto, adotado pelo Brasil, o qual consiste na fase de investigação sendo predominantemente inquisitória enquanto que a fase processual é acusatória. Vale dizer que esse sistema difundiu-se pela Europa e países latino-americanos.

No tocante ao território brasileiro, na época colonial, existiam duas formas de investigação, quais sejam, a devassa na qual não havia indicação de autoria e indícios prévios, e a querela, na qual, ao contrário da primeira, havia indicação prévia da autoria e dos indícios do delito<sup>1</sup>.

A Constituição de 1824 instituiu os Juizados de Paz, os quais atribuíram aos Juízes de Paz outorga para atividades policiais preventivas e repressivas. Somente com a Lei nº 261 de

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.195-197.



1841 é que a investigação começou a ser comandada por Autoridade Policial. A partir disso, o Decreto nº 4.824 de 1871 instituiu o inquérito policial como modelo da investigação preliminar, o qual consistia em reunir todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, circunstâncias e autoria, devendo ser um procedimento escrito.

Atualmente, o inquérito policial prevaleceu e está disciplinado entre os artigos 4º e 23 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>, os quais devem ser interpretados em consonância com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista tratar-se de legislação antiga de 1941, a qual relaciona-se com a época ditatorial.

No ano de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.245/16 a qual instituiu algumas mudanças legislativas referentes aos direitos do advogado em fase de investigação penal que, como veremos no decorrer do presente trabalho, foram um avanço na participação da defesa nesta fase preliminar e contribuiu para uma melhor defesa do imputado.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-239.

### 3. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA FEITA PELA LEI Nº 13.245/16:

A Lei nº 13.245 surgiu a partir do projeto de lei nº 6.705 de 2013, autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, sendo promulgada em janeiro do ano de 2016. Esta Lei alterou o inciso XIV<sup>3</sup>, o qual garantiu ao advogado examinar os autos dos procedimentos investigatórios em qualquer instituição responsável pela investigação podendo copiar peças e fazer apontamentos, além de também incluir os parágrafos 10, 11 e 12<sup>4</sup>, todos do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>5</sup>.

Além das citadas alterações ocorridas com o advento da referida Lei, houve também a inclusão do inciso XXI no mesmo artigo sétimo, mudança esta que terá maior enfoque na presente pesquisa, *in verbis*:

“XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:  
a) apresentar razões e quesitos;  
b) (VETADO)”.

Tais alterações legislativas acarretaram divergências doutrinárias sobre diversos assuntos, dentre os quais um será objeto de análise deste trabalho e será apresentado no

<sup>3</sup> Art. 7º [...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

<sup>4</sup> Art. 7º [...]

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 12 abri. 2017.



próximo capítulo, qual seja: a presença de o princípio do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal.

### 3.1. Divergências doutrinárias

Como já fora dito anteriormente, o advento da Lei nº 13.245/16 trouxe alterações ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>6</sup> que acarretaram em algumas divergências na doutrina. Dentro deste contexto, neste tópico será apresentado um tema da discussão que surgiu entre os estudiosos do Direito acerca dessas mudanças na Lei.

De início, vale dizer, de modo geral, as temáticas que ocasionaram diversas divergências na doutrina, quais sejam: questionamento se, a partir do advento da Lei, passaria a existir o exercício pleno do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação. Além disso, houve a problemática acerca da presença obrigatória ou não do advogado em investigação criminal, uma vez que o dispositivo afirma que poderá haver nulidade do depoimento ou interrogatório, caso o advogado seja impedido de assistir seu cliente e, por fim, houve o questionamento se teria acabado o sistema inquisitório nesta fase preliminar.

Destaca-se, mais uma vez, que a presente pesquisa abordará somente a discussão acerca da presença do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, tendo em vista ser um assunto relevante para a temática sobre a investigação criminal defensiva.

No âmbito desta divergência, vale citar o entendimento do autor Aury Lopes Jr. e também a justificativa do projeto de lei nº 6.705 de 2013, autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, que foi transformado na Lei nº 13.245/16.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Alterou o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Portal da legislação**, Brasília, jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm)>. Acesso em: 12 abri. 2017.





Oportuno dizer que o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 6705/2013<sup>7</sup> nasceu sob a justificativa de dar maior concretude ao exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa à fase de investigação, através da vista dos autos e juntada de provas a favor do investigado, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais ao indiciado e oferecer uma investigação sem abuso de autoridade.

Diante desta justificativa acima e após análise da lei em questão, alguns autores, como o professor Paulo Henrique Sumariva<sup>8</sup>, começaram a alegar que haveria o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa na instrução preliminar e, inclusive, haveria a eliminação do caráter inquisitório da investigação.

Esta corrente firmou esse entendimento porque, com os novos direitos incluídos aos advogados, estava garantida em lei a presença de uma defesa técnica na fase investigatória, inclusive alguns afirmaram que esta passou a ser obrigatória uma vez que o dispositivo de lei diz que haverá nulidade absoluta caso seja obstaculizada a presença do advogado.

Com isso, as referidas garantias constitucionais estariam presentes não só na fase judicial, mas, após a Lei nº 13.245/16, também na fase de investigação preliminar, uma vez que a defesa poderia apresentar razões e quesitos a favor do investigado.

Além disso, fortalece esta corrente doutrinária o entendimento de que a ideia principal do projeto da lei seria dar concretude as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que em seu texto inicial havia a prerrogativa de os advogados também requisitarem diligências, porém este dispositivo fora vetado.

---

<sup>7</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6705 de 2013. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-05;6705>> Acesso em: 12 abr. 2017.

<sup>8</sup> SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei nº 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010>> Acesso em: 12 abr. 2017.



Em contrapartida, Aury Lopes Jr.<sup>9</sup> afirmou em suas obras que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa sempre estiveram presentes na fase da investigação preliminar, mesmo que não seja de maneira plena, conforme se observa no trecho abaixo:

“É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa”.

O doutrinador entende que a alteração legislativa ampliou a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas continua não tendo atuação plena já que esta somente ocorre em fase judicial, na qual há uma participação dialética das partes.

Além disso, afirmou que a presença do advogado não se tornou obrigatória, mas caso o investigado a solicite, o seu depoimento deverá ser realizado somente com a presença de seu defensor, sob pena de nulidade<sup>10</sup>.

#### 4. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO

De início, vale mencionar que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias fundamentais, sendo um direito básico em qualquer sistema garantista e democrático. Tais garantias são abarcadas pelo princípio constitucional do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal<sup>11</sup>, e estão disciplinadas no mesmo diploma legal em seu art. 5º no inciso LV<sup>12</sup>, *ipsis litteris*:

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. *Conjur*, jan., 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> Acesso em: 12 abr. 2017.

<sup>11</sup> Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.



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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Ademais, o contraditório e a ampla defesa também estão dispostos na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 678, de 26 de maio de 1992, nos artigos 8.1 e 8.2<sup>13</sup>, respectivamente.

Os dispositivos acima mencionados são uma forma de facilitar a defesa das partes, mediante produção de provas admitidas em direito, além de tornar sua participação mais ativa no processo.

#### 4.1. O princípio do contraditório

O princípio do contraditório depende da noção de ação e reação, ataque e contra-ataque. O processo parte de um *trium actum personarum*, ou seja, é um processo triangular onde existem partes com conflitos de interesses, no qual há uma dialética, e este conflito de interesses apresentado entre as partes implica na necessidade de que se permita a cada uma das partes, dentro da relação jurídica processual, argumentar e contra-argumentar aquilo que for indicado pela parte contrária.

Diante disso, o contraditório está relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois permite que o processo seja desenvolvido com base na versão da acusação e também do sujeito passivo.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 12 abri. 2017.



Contudo, o contraditório não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas, principalmente, é a igualdade de tratamento entre as partes com a possibilidade de produção de provas em iguais condições para ambas.

De acordo com o que preceitua o doutrinador Aury Lopes Jr.<sup>14</sup>, “contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental”.

A efetividade do contraditório abrange dois aspectos, quais sejam, a informação e a participação. A informação refere-se ao direito de a parte ter o conhecimento completo da acusação e de ser comunicada previamente de todos os atos processuais. Já a participação relaciona-se a faculdade das partes de participarem dos atos processuais de forma ativa objetivando o convencimento da parte julgadora.

No processo penal, o contraditório deve ser pleno e efetivo, uma vez que deve ser observado durante toda a relação jurídica-processual e devem ser oferecidos, às partes, meios concretos de contrariar os atos da parte contrária, conforme preceitua Antonio Scarance Fernandes<sup>15</sup>, *in verbis*:

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los”.

Diante disso, será visto, a seguir, o estudo do princípio da ampla defesa e observar-se-á que a percepção de o princípio do contraditório insere-se na ampla defesa, tendo em vista que ele indica a possibilidade de contraditar argumentos e impugnar fatos oponíveis ao acusado.

## 4.2. O princípio da ampla defesa

---

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403.

<sup>15</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.



Como já dito anteriormente, a ampla defesa é uma garantia constitucional e também está disciplinada no Título VIII, Capítulo III do Livro I do Código de Processo Penal<sup>16</sup>, além de outros dispositivos no decorrer deste Código.

O direito de defesa, conforme preceitua Aury Lopes Jr.<sup>17</sup>, é um direito-réplica, ou seja, nasce a partir de uma imputação ou objeto de diligências e vigilância policial, sendo imprescindível para a administração da Justiça.

A ampla defesa, para o processo penal, depende da autodefesa do acusado, ou seja, o sujeito atua pessoalmente defendendo a si mesmo, a qual é composta do direito de presença e direito de audiência. Ademais, também é necessário a defesa técnica para que seja realmente satisfeita. Portanto, a ampla defesa é composta pelo binômio: autodefesa e defesa técnica.

Diante desse contexto, a autodefesa relaciona-se ao direito que o réu tem de se autodefender e isto somente ocorre se for garantido o exercício do seu direito a audiência, o qual é a possibilidade do sujeito passivo influenciar o convencimento do juiz através do interrogatório, e o exercício do seu direito de presença, o qual traduz-se no direito de ser intimado para comparecer aos atos desenvolvidos ao longo do processo para participar de forma ativa, como nas alegações e produção de provas.

A autodefesa é classificada como uma atividade positiva e negativa. Em sua forma positiva, o sujeito passivo pratica atos, constitui defensor, participa de acareações, ou seja, apresenta-se de forma atuante. Enquanto que a autodefesa negativa compreende o direito ao silêncio e de não produção de provas contra si mesmo.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII<sup>18</sup>, garante ao réu o direito de permanecer calado e, a partir desse dispositivo, surge o direito ao silêncio. Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) garante ao réu

---

<sup>16</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 264.

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.



o direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), em seu artigo 8º, inciso 2, letra g<sup>19</sup>, o qual é abrangido pelo direito ao silêncio.

Diante disso, tendo em vista que o sujeito passivo tem direito a falar sua versão dos fatos, bem como de permanecer em silêncio, observa-se que, para o réu, o direito a autodefesa é um direito disponível, enquanto que para o juiz, a autodefesa é indisponível, tendo em vista que o juiz deve viabilizar que o acusado participe dos atos processuais e, com isso, sua defesa não seja cerceada.

Por sua vez, a defesa técnica, caracterizada pela presença de um advogado, é indisponível, tanto para o réu quanto para o juiz. A presença de um advogado é necessária como forma de haver uma igualdade entre o investigado e o Estado, nesse mesmo sentido entende o autor Aury Lopes Jr.<sup>20</sup>, *ipsis litteris*:

“A justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz (nos sistemas de instrução preliminar judicial)”.

O investigado tem direito a escolher advogado de sua confiança, o que, como já informado anteriormente, é uma forma de exercer sua autodefesa positiva. Diante disso, o juiz, antes de nomear defensor público, deve intimar o sujeito passivo para que constitua um advogado.

A falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta no processo penal, porém a defesa ineficiente não gera nulidade, portanto, o advogado deve ter o mínimo de conhecimento necessário para formular a tese defensiva. Este entendimento foi objeto do verbete nº 523 do

---

<sup>19</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 abril 2017.

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 473.



Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup>, como se observa a seguir: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Nesse mesmo contexto, como já visto no capítulo anterior, o inciso XXI foi incluído ao artigo 7º do Estatuto da Advocacia<sup>22</sup> trazendo a disposição de que a falta de advogado no depoimento ou interrogatório do investigado, caso seja solicitado, também causará nulidade absoluta do mesmo.

Por fim, verifica-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa estão interligados, conforme observou Ada Pellegrini Grinover<sup>23</sup>:

“A defesa e o contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida”.

Apesar desta ligação, essas garantias constitucionais são direitos autônomos, uma vez que, conforme afirma o autor André Augusto Mendes Machado<sup>24</sup>, o contraditório “pressupõe partes em sentidos opostos, um sujeito imparcial e o exercício de defesa, este existe independente do contraditório”.

### 4.3. Natureza jurídica da investigação criminal

A persecução penal abrange dois diferentes momentos, quais sejam, a investigação e a ação penal. No Brasil, o uso da expressão “investigação criminal” é tradicional e, por isso,

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abri. 2017.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 20 abri. 2017.

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.63.

<sup>24</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.



não se costuma utilizar outras expressões, como, por exemplo, “instrução preliminar”, para designar a fase que antecede a processual em âmbito criminal.

O termo “instrução” geralmente é reservado para a fase processual e, diante disso, uma das principais diferenças entre essas duas fases é que a investigação criminal busca dados informativos sobre a possível prática delituosa e, assim, permite que o órgão de acusação analise a possibilidade de uma futura ação penal. Já a instrução criminal tem o objetivo de coletar provas acerca do fato para convencimento do juízo, atendendo pelo pleito da defesa ou da acusação.

De modo geral, a investigação criminal, segundo esclarece André Augusto Mendes Machado<sup>25</sup>, é um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam elucidar uma possível prática criminosa. Vale ressaltar que ela não busca confirmar a infração penal, mas sim verificar a viabilidade da imputação.

Como forma de corroborar o assunto, vale trazer a definição de investigação criminal feita por Aury Lopes Jr.<sup>26</sup>, nos seguintes termos:

“conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).”

Insta ressaltar que a instrução preliminar não é exclusiva de órgãos estatais, tendo em vista que os componentes da investigação podem ser obtidos por um particular, fora dos autos do procedimento conduzido pela autoridade pública, o que entende-se pela investigação defensiva.

No caso da investigação conduzida por órgãos estatais, no Brasil, esta é encarregada à Polícia Judiciária que pratica, de forma direta, os atos investigatórios para elucidar a

<sup>25</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15-16.

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.





imputação, sem subordinação ao Ministério Público e juízes que apenas fiscalizam o procedimento, a não ser em atos que restringem direitos fundamentais que necessitam de autorização judicial prévia. Além disso, a investigação também poderá ser conduzida pelo Ministério Público.

A natureza jurídica da investigação criminal é multifacetada, tendo em vista que são praticados diferentes atos nela, tais como administrativos, judiciais e jurisdicionais. Diante disso, conforme leciona Aury Lopes Jr.<sup>27</sup>, para classificar a natureza jurídica da investigação criminal deve ser levada em conta a natureza jurídica dos atos predominantes.

Dentro desse contexto, a investigação criminal tem natureza pré-processual, uma vez que é anterior a fase processual, além de não se poder falar em partes processuais, mas sim em indiciados, já que não existe, ainda, uma participação dialética abrangida pelo princípio do contraditório.

Ademais, em análise a um aspecto formal em relação ao órgão responsável pela instrução preliminar, a investigação criminal pode ter como natureza jurídica um procedimento administrativo ou judicial. No procedimento administrativo, a investigação é conduzida pela Polícia Judiciária, a qual pratica atos administrativos. Já no procedimento judicial, a investigação é guiada por órgão do Poder Judiciário, o qual pratica atos judiciais.

Oportuno dizer que a função de Polícia Judiciária pertence às polícias civis e federais, conforme disciplina o artigo 144 da Constituição Federal<sup>28</sup>, mas não significa que fazem parte do Poder Judiciário ou que suas atividades são judiciais.

A investigação preliminar possui duas principais características, quais sejam, a instrumentalidade e a autonomia. Trata-se de um procedimento instrumental porque tem o objetivo de elucidar os fatos referentes a notícia do crime introduzindo elementos

---

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106-107.



fundamentais para a acusação e, além disso, procura inibir a instauração de uma ação penal imotivada e permite a colheita de provas que poderiam perecer com o tempo.

Já a característica da autonomia consiste no fato de que pode haver processo sem prévia instrução, caso o órgão de acusação tenha informações suficientes de autoria e materialidade do delito. Além disso, pode haver a investigação preliminar, mas não existir um processo no caso de a imputação ser descabida.

Dentro desse contexto, Aury Lopes Jr.<sup>29</sup> informou que a autonomia possui três planos, quais sejam: sujeitos, objeto e atos. Quanto ao primeiro, na investigação não há partes e sim sujeitos, além de que, em regra, quem intervém na investigação não são os mesmos que atuam no processo. Em relação ao objeto da investigação, este consiste na notícia do crime e na percepção acerca da materialidade e autoria delitiva. No tocante aos atos, aqueles praticados na investigação são distintos do processo, basicamente porque na fase processual há o exercício do contraditório e da ampla defesa de forma plena, enquanto que na instrução preliminar eles são limitados.

A investigação criminal preliminar, conforme também ensina Aury Lopes Jr.<sup>30</sup>, possui um interesse de eficácia de direitos fundamentais, uma vez que busca evitar processos imotivados.

Observa-se que a investigação preliminar procura agrupar elementos capazes de esclarecer os fatos narrados na *notitia criminis* e caso não haja componentes suficientes da autoria e materialidade do delito, será caso de arquivamento da investigação, senão inicia-se a ação penal. Vale dizer que a investigação criminal não deve formar um juízo de certeza acerca da imputação.

A investigação preliminar possui limitações quantitativas e qualitativas, nas quais consistem no fato de haver um prazo determinado para conclusão da investigação e haver

---

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97-98.

<sup>30</sup> Idem, p. 101.



restrição da matéria apreciada, respectivamente. Neste tocante, no Brasil, há limitação qualitativa no artigo 4º e a quantitativa no artigo 10, ambos do Código de Processo Penal<sup>31</sup>.

Por fim, destaca-se que a investigação preliminar pode ser escrita, caso a maioria dos atos sejam registrados em documentos, ou oral, caso sejam conduzidos oralmente. Além disso, pode ser facultativa, no caso de a notícia de crime ter elementos suficientes de autoria e materialidade não necessitando de prévia investigação criminal; pode ser obrigatória na hipótese de a instrução preliminar ser essencial para a ação penal. Ademais, poderá ser mista, sendo obrigatória para crimes graves e facultativa para delitos de menor potencial ofensivo.

Neste mesmo diapasão, a investigação criminal pode ser pública ou sigilosa, a depender da existência de limitação ou não acerca do acesso aos autos perante terceiros (sigilo externo) ou ao imputado (sigilo interno). Ademais, os atos investigatórios são distintos dos atos de provas, uma vez que os primeiros não podem ser utilizados para juízo na sentença por não estarem amparados pelas garantias do contraditório, ampla defesa e publicidade, sob pena de violação do artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI<sup>32</sup>, bem como o artigo 93, inciso IX<sup>33</sup>, ambos da Constituição Federal, além do artigo 155 do Código de Processo Penal<sup>34</sup>.

A partir disso, vale trazer à tona o ensinamento de Antonio Scarance Fernandes<sup>35</sup>, o qual entende que os elementos colhidos na fase de investigação preliminar somente podem ser usados para basear a acusação e não uma condenação, correndo o risco de violar as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Impende a aclarar que na fase de investigação preliminar podem ser produzidas provas antecipadas desde que haja o risco de perecimento, e também as chamadas provas irrepetíveis

---

<sup>31</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-238.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>34</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 253.

<sup>35</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.



que não podem ser repetidas na fase processual, porém dependem da Autoridade Judiciária e são feitas perante as partes com base no contraditório e na ampla defesa.

#### 4.3.1. Investigação pelo Ministério Público

Na investigação conduzida pelo Ministério Público, este órgão assume a titularidade da investigação não sendo mais simples assistente. Neste caso, o membro do Ministério Público recebe diretamente, ou por meio da polícia, a notícia de crime e investiga os fatos ali dispostos para apuração do *fumus commissi delicti*, decidindo por elaborar a acusação ou o arquivamento do feito, configurando, assim, a figura do chamado promotor investigador.

A natureza jurídica desta investigação feita pelo Ministério Público é de procedimento administrativo pré-processual, uma vez que desenvolve atividades predominantemente de natureza administrativa, bem como o inquérito policial, como será visto mais a frente.

O fundamento jurídico para este procedimento administrativo investigatório do Ministério Público dá-se pelo artigo 129, inciso VI e artigo 26, inciso I da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)<sup>36</sup>, bem como artigo 7º, inciso I da Lei Complementar nº 75/93<sup>37</sup>. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso VI<sup>38</sup>, afirma que o Ministério Público tem poderes de instruir procedimento administrativo de sua competência.

Oportuno destacar alguns atos realizados pelo Ministério Público em investigação preliminar, quais sejam, requisitar informações, exames periciais, bem como documentos de entidades públicas ou privadas, além de colher depoimentos. Ademais, caso algum ato venha causar restrição de direitos fundamentais, ele deve ser precedido de ordem judicial

---

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.



fundamentada e, ainda, deve ser assegurado ao sujeito passivo o acesso aos autos e assistência de defensor, conforme versa o artigo 7º, incisos XIV, XV e XXI do Estatuto da Advocacia<sup>39</sup>, bem como a súmula vinculante nº 14 do STF<sup>40</sup>, *in verbis*:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

No mais, o procedimento administrativo investigatório do Ministério Público seguirá a forma do inquérito policial, que será visto adiante, no que lhe for cabível, sendo escrito, sigiloso externamente e com valor probatório limitado, além de ser cabível a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Penal.

Dentro desse contexto, a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público já foi assunto polêmico na doutrina dividindo-se entre os que concordavam ou não com essa possibilidade.

Salienta-se que para os que concordam que a investigação preliminar pode ser feita pelo Ministério Público, há os argumentos de que, como o Ministério Público é titular da ação penal pública, ele pode realizar diligências de investigação quando necessário e, também, já que ele pode oferecer denúncia sem a necessidade de um inquérito policial, poderia investigar diretamente. Além disso, fundamentam suas teses no artigo 129, incisos I, VI, VII e VIII da Constituição Federal<sup>41</sup>, artigo 26, incisos I e II da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público<sup>42</sup> e, ainda, no artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>43</sup> que permite a investigação realizada por autoridades administrativas além da Polícia Judiciária.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.



Em contrapartida, aqueles que não concordam com a investigação criminal sendo conduzida diretamente pelo Ministério Público, afirmam que o artigo 129 da Constituição Federal<sup>44</sup> não estabelece que o Parquet seja legítimo para formular procedimento investigatório criminal, sendo privativo da Polícia Judiciária. Ademais, argumentam que o artigo 144, §4º da Constituição Federal<sup>45</sup> diz que a investigação é exclusiva da Polícia Judiciária, ao passo que a outra corrente afirma que não há o termo “exclusividade” no referido dispositivo.

Em decisão proferida em maio do ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 593727-MG<sup>46</sup>, cujo relator original foi o Exmº Ministro Cezar Peluso e o relator para acórdão foi o Exmº Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo a legitimidade de o Ministério Público promover, por autoridade própria, investigação criminal fixando alguns parâmetros de atuação deste órgão, como o respeito às garantias fundamentais dos investigados, acesso aos autos e garantia de um advogado, além de os atos investigatórios serem documentados e observarem as reservas constitucionais de jurisdição.

#### 4.3.2. Investigação pelo inquérito policial

O inquérito policial é o principal modelo de investigação no ordenamento jurídico brasileiro, no qual o legislador do Código de Processo Penal de 1941 o manteve por ser o mais adequado à realidade jurídica e social da época, conforme justificou na Exposição de Motivos da Lei.

---

**Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 25 abril 2017.

<sup>43</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236.

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

<sup>45</sup> Idem, p. 107.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727 MG. Relator Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de jurisprudência**, Repercussão geral, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 25 abril 2017.



Como já mencionado anteriormente, a natureza jurídica do inquérito policial é de um procedimento administrativo pré-processual, uma vez que seus atos são predominantemente administrativos, não podendo ser considerada uma atividade judicial por não existir a estrutura dialética do processo, além de ser movido pela Polícia Judiciária, a qual é um ente estatal que compõe a Administração Pública, vinculada ao Poder Executivo.

Diante desse contexto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>47</sup> entendem que “o inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral”.

Não há nenhum dispositivo na legislação que defina o inquérito policial, devendo ser necessário relacionar as definições dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal<sup>48</sup>. Entretanto, como já podemos observar, ele é um procedimento preliminar ao processo realizado pela Polícia Judiciária com o objetivo de apurar infrações penais reunindo elementos acerca da autoria e materialidade delitiva, o qual embasará a instauração de um processo ou, caso contrário, resultará no arquivamento do feito por ter acusações descabidas.

Ressalta-se o ensinamento proferido por Aury Lopes Jr.<sup>49</sup> acerca do inquérito policial, *ipsis litteris*:

“Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso. Não resta dúvida de que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual”.

O inquérito possui dentre suas características o fato de ser inquisitivo ou inquisitório, uma vez que ele é conduzido de forma linear com uma Autoridade Policial buscando provas

<sup>47</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2009, p. 17, apud PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.10.

<sup>48</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-235.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobson. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.



acerca de determinado fato. O objeto de investigação não é a figura do indiciado, mas sim o fato supostamente criminoso. Vale dizer ainda que a Lei nº 12.830/13 elevou o cargo de Delegado à cargo jurídico e entregou a ele a privatividade da presidência do inquérito policial.

Dentro desse contexto, no inquérito policial não há uma ordem de atos pré-determinada pela lei, apenas uma sequência lógica, na qual o inquérito é iniciado a partir de uma portaria ou auto de prisão em flagrante ou, ainda, por requisição de juiz, Ministério Público, comunicação verbal ou escrita por qualquer pessoa, ofendido ou seu representante, após, são feitas as diligências de acordo com os critérios de necessidade e, ao final, encerra-se com um relatório.

Impende a aclarar que os membros da Polícia Judiciária, Ministério Público ou Magistratura tem o dever de noticiar fatos supostamente criminosos. Ao passo que qualquer pessoa do povo tem a mera faculdade de comunicar Autoridade Policial, conforme artigo 5º, §3º do Código de Processo Penal<sup>50</sup>. Ademais, caso a notícia de crime não tiver suporte jurídico ou material, a Autoridade Policial poderá arquivá-la.

A partir disso, deve-se esclarecer que o auto de prisão em flagrante obrigatoriamente instaura o inquérito policial. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público precisa da legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e da justa causa para oferecer denúncia. Já nos crimes de ação penal pública condicionada a representação, além das condições genéricas para o exercício do direito de ação, o Ministério Público dependerá da representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, dependendo da peculiaridade do crime, além de o inquérito policial não poder ser instaurado sem essas representações.

Outra característica do inquérito policial é sua facultatividade já que o Ministério Público pode denunciar sem prévia investigação preliminar no caso de já haver provas suficientes da autoria e materialidade. Além disso, é uma peça de informação e, dentre as peças de informações existentes, além do inquérito policial, estão: processo administrativo ou

---

<sup>50</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 237.





a vítima pode fornecer todas as informações necessárias para a denúncia ou, ainda, a Comissão Parlamentar de Inquérito, sendo que esta última é criada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, mediante requerimento de 1/3 dos membros, conforme artigo 58 da Constituição Federal<sup>51</sup>.

Ressalta-se que o membro do Ministério Público poderá requisitar diligências à Autoridade Policial, estando esta obrigada a realizá-las. Ademais, o Parquet controla externamente a atividade policial, com respaldo no artigo 129, inciso VII da Constituição Federal<sup>52</sup>.

O delegado é um agente administrativo e deve pautar a sua atuação de acordo com os princípios que regem o Direito Administrativo, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que o único princípio desta disciplina que perde força no inquérito é o da publicidade, tendo em vista que o inquérito policial é sigiloso de maneira externa como forma de se garantir a eficácia da investigação, conforme artigo 20 do Código de Processo Penal<sup>53</sup>, além de resguardar a figura do indiciado porque nada está provado contra ele ainda. Destaca-se que os autos do inquérito possuem forma escrita e devem acompanhar a denúncia ou queixa quando servir de base para elas, nos termos dos artigos 9º e 12, ambos do Código de Processo Penal<sup>54</sup>.

É importante recordar que o inquérito policial está restrito a demonstrar a possibilidade de materialidade e autoria delitiva, além de ter que ser o fato, descrito na notícia de crime, típico, ilícito e culpável. Vale dizer que é importante a investigação preliminar ocorrer assim que for tomado conhecimento da *notitia criminis* como forma de evitar o perecimento dos elementos fundamentais para o conhecimento do *fumus commissi delicti*.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-60.

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

<sup>53</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 239.

<sup>54</sup> Idem, p. 238.



A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>55</sup>, garante o direito ao processo penal com prazo razoável. Diante disso, o inquérito deverá ser concluído dentro do prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado estiver preso, e em 30 (trinta) dias se o indiciado estiver solto. Ademais, na justiça federal, o artigo 66 da Lei nº 5.010/66<sup>56</sup> estabelece prazo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias em caso de necessidade, a qual deve ser fundamentada.

Outra peculiaridade é que nos crimes de tráfico de entorpecente, o inquérito deve ter o prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e prazo de 90 (noventa) dias se estiver solto, sendo que em ambos os casos, o prazo pode ser duplicado em caso de extrema necessidade. Vale dizer que o descumprimento desses prazos não gera sanção devido a previsão do artigo 10, §3º do Código de Processo Penal<sup>57</sup>.

Em relação ao lugar, as atividades da Polícia Judiciária, polícia civil ou federal dependendo da matéria, são exercidas no território brasileiro no limite de suas circunscrições, conforme disciplina o artigo 4º do Código de Processo Penal<sup>58</sup>.

Ressalta-se que o inquérito policial, apesar de facultativo para o Ministério Público como visto anteriormente, é obrigatório para a Polícia Judiciária, a qual deve investigar um fato e não poderá arquivar o procedimento depois de instaurado, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal<sup>59</sup>.

Concluído o inquérito policial, o delegado fará um minucioso relatório e remeterá ao juiz que irá analisar se o Ministério Público já se manifestou ou não e, caso não tiver se manifestado, os autos serão remetidos ao Ministério Público que irá verificar se estão presentes as condições da ação, formando a *opinio delict*, conforme artigo 10, §1º do Código

---

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm)> Acesso em: 12 mai. 2017.

<sup>57</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

<sup>58</sup> Idem, p. 236.

<sup>59</sup> Idem, p. 239.



de Processo Penal<sup>60</sup>. O Ministério Público tem o prazo de 5 (cinco) dias, se o indiciado estiver preso, ou de 15 (quinze) dias, se estiver solto, para oferecer denúncia, nos termos do artigo 46 do Código de Processo Penal<sup>61</sup>.

Diante disso, se as condições da ação estiverem presentes, o Ministério Público vai oferecer denúncia, provocando o Poder Judiciário que, na pessoa do juiz, passará a exercer a função jurisdicional. A partir disso, o juiz fará prévio juízo de admissibilidade, podendo receber a denúncia ou queixa, conforme artigo 396, ou rejeitá-la se for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição da ação ou justa causa, nos termos do artigo 395, ambos do Código de Processo Penal<sup>62</sup>.

Caso o Ministério Público não entenda estarem presentes as condições da ação, irá devolver o inquérito para a delegacia para que sejam realizadas novas diligências, as quais serão descritas pelo Parquet. Entretanto, caso não exista mais o que ser pesquisado, o Ministério Público deve requerer o arquivamento por ausência das condições da ação.

Vale dizer que o Ministério Público não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao pedir arquivamento, tendo em vista que esta somente pode ser exercida se estiverem presentes suas condições.

Isto posto, o juiz ainda pode discordar do pedido de arquivamento e, assim, remeterá os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>63</sup> para reanalisar o feito, uma vez que o Judiciário é inerte não podendo deflagrar ação penal. Dessa forma, o Procurador Geral de Justiça poderá oferecer denúncia, ou designar outro membro do Ministério Público para esta função (estará agindo em nome do Procurador Geral), ou, ainda, poderá entender pelo arquivamento e o juiz deverá arquivar.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, loc. cit.

<sup>61</sup> Idem, p. 242.

<sup>62</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 279-280.

<sup>63</sup> Idem, p. 240.



Destaca-se que o arquivamento do inquérito é um ato administrativo e estes não fazem coisa julgada. Portanto, se, depois do arquivamento, surgir nova prova, a denúncia poderá ser oferecida.

Outrossim, como já visto antes, os atos investigatórios não podem ser utilizados para juízo na sentença. Entretanto, a jurisprudência majoritária atual entende que é possível aproveitar informações do inquérito policial para fundamentar a condenação, contanto que não sejam os únicos meios de prova para o convencimento do juiz. Tal orientação estaria violando o ordenamento jurídico, tendo em vista que esses atos de investigação são produzidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, vale fazer algumas considerações sobre a vítima e o imputado. De início, a vítima é o sujeito passivo do crime e, atualmente, passou a ser vista como sujeito de direitos e deveres, podendo participar de forma ativa na investigação preliminar requerendo diligências à Autoridade Policial que as realizará de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, de acordo com artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>64</sup>.

Ademais, a vítima pode requerer reparação de dano causado pela conduta delitativa, a qual poderá concretizar-se por meio de composição civil ou transação penal, caso o delito seja de menor lesividade, ou por execução de sentença transitada em julgado no âmbito civil. Ainda possui o direito de ser informada sobre o ingresso e saída do acusado da prisão, além da designação da data de audiência e à sentença, conforme artigo 201, §2º do Código de Processo Penal<sup>65</sup>.

No tocante ao imputado, este é a pessoa submetida ao procedimento investigativo e, assim como a vítima, deve ser tratado como sujeito de direitos e obrigações. Dentre os direitos do imputado, está o fato de que deve ter ciência da imputação, bem como ter conhecimento do decorrer da investigação e fornecer informações relevantes.

---

<sup>64</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

<sup>65</sup> Idem, p. 258.



O mero fato de alguém ser indicado em uma *notitia criminis* não significa imputação. O ato de indiciar é privativo do Delegado e este deve ocorrer por escrito e fundamentadamente com a indicação dos motivos fáticos e jurídicos que levaram a conclusão de o delegado entender ser aquela pessoa o principal suspeito.

Diante disso, o indiciamento gera para o indiciado uma série de garantias como, por exemplo, de ser assistido por um advogado ou Defensor Público, uma vez que ele deixa de ser ouvido como depoente e passa a ser interrogado como possível infrator nessa investigação preliminar.

Todavia, o Código Processual Penal não disciplina sobre o momento em que ocorre o indiciamento nem suas consequências jurídicas. Devido a isso, o indiciado deve ser tratado como sujeito de direitos e obrigações, independente do pronunciamento do Delegado de Polícia nesse sentido, para que não seja prejudicado em sua defesa.

#### **4.4. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial**

Neste tópico, iremos retomar a problemática que se intensificou com a mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.245/16, tendo em vista que introduziu o inciso XXI ao artigo 7º do Estatuto da Ordem<sup>66</sup>, o qual determinou como direito dos advogados a assistência a seus clientes na fase de investigação, o que, por sua vez, trouxe à tona o questionamento se haveria ou não a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa nesta fase preliminar de investigação.

Por um lado, aqueles que entendem que, após a vigência da referida Lei, há a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa na investigação argumentam, como já fora visto em tópico anterior, que o projeto de lei possui como justificativa dar eficácia ao exercício do contraditório e da ampla defesa, através da vista dos autos e juntada de provas a favor do investigado.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

A partir disso, Paulo Henrique Sumariva<sup>67</sup>, alegou que haveria o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa e, inclusive, a eliminação do caráter inquisitório da investigação porque, com os novos direitos incluídos aos advogados, estava garantida em lei a presença de uma defesa técnica na fase investigatória, além de a defesa poder apresentar razões e quesitos a favor do investigado.

Nesse sentido, há também aqueles que entendem que a norma constitucional do artigo 5º, inciso LV<sup>68</sup>, permitiu o contraditório e a ampla defesa na investigação porque menciona que é “assegurado o contraditório e a ampla defesa” em “processo administrativo” e, por ser o inquérito policial um procedimento administrativo, haveria essa possibilidade. Além disso, o dispositivo também menciona “acusados em geral”, o que abrangeria o indiciado. Em contrapartida, a corrente contrária argumenta que o inquérito policial é um procedimento e não um processo.

Corroborando esse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a aplicação do devido processo legal aos procedimentos judiciais e administrativos, a partir do julgamento do caso *Jesús Vélez vs. Panamá*, realizado em 2010. Lembrando que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio de o Decreto nº 678 de 1992.

Nesse sentido, Manoel Messias Peixinho<sup>69</sup> informou em sua obra que a Corte Interamericana de Direitos Humanos “reconheceu que o senhor Jesús teve violado o direito de ter uma prestação de um serviço público de defesa legal e que nos procedimentos administrativo ou judicial que tenham por objeto uma decisão que envolva deportação, expulsão ou prisão, a garantia de defesa jurídica é indispensável, bem como o respeito ao devido processo legal”.

---

<sup>67</sup> SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010>> Acesso em: 25 abr. 2017.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

<sup>69</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.12.

Por outro lado, autores como Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>70</sup> e Aury Lopes Jr.<sup>71</sup>, entendem que há incompatibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação, uma vez que, muitas vezes, não há sequer indiciado, além de o ambiente da Delegacia não condizer com realização de audiências com base nessas garantias, caso contrário, seria inconstitucional por invadir a reserva de jurisdição. Ademais, afirmam que o inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Advocacia<sup>72</sup> apenas materializou o que já estava disciplinado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal<sup>73</sup> e apresentou suas consequências caso fosse violado, qual seja, nulidade absoluta.

Além disso, os autores também afirmaram que há exercício parcial da ampla defesa como a presença da defesa técnica e também a autodefesa na forma do direito ao silêncio e não autoincriminação, porém não há uma ampla defesa plena como na fase judicial. Quanto a prerrogativa de “apresentar razões e quesitos” trata-se de uma faculdade dada ao defensor, sendo que já estava disciplinado no artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>74</sup>.

Ainda neste cenário, o autor Manoel Messias Peixinho<sup>75</sup> proferiu entendimento de que não há tais princípios em fase de inquérito policial, *in verbis*:

“A participação do advogado no inquérito policial não significa que existe a garantia do contraditório e da ampla defesa, à semelhança do que ocorre no processo judicial. Contudo, ainda que não exista a dinâmica do contraditório e da ampla defesa, o inquérito policial, como espécie de ato administrativo, praticado por autoridade

<sup>70</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei nº 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da Investigação Criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092>> Acesso em: 25 abr. 2017.

<sup>71</sup> LOPES JR., Aury. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. **Conjur**, jan., 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> Acesso em: 25 abr. 2017.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

<sup>74</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

<sup>75</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.13.



administrativa, exige a observância dos princípios norteadores da Administração Pública e dos direitos fundamentais”.

Insta salientar que na redação original do projeto dessa lei, havia a prerrogativa de o advogado “requisitar diligências”, o qual fora vetado na sanção presidencial ao projeto, pois poderia ensejar uma referência mandatória, o que, na verdade, conforme artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>76</sup>, a defesa pode requisitar diligências, porém ela é realizada dependendo do juízo da autoridade.

Como forma de corroborar a discussão, o autor José Frederico Marques<sup>77</sup> já pronunciou-se contra a presença das garantias do contraditório e da ampla defesa na investigação, *ipsis litteris*:

“Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação. [...] Nesse ponto, foi sabido o Código, deixando à descrição da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos de testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial”.

Aury Lopes Jr.<sup>78</sup>, como já visto, já firmava entendimento de que o contraditório e a ampla defesa estão presentes na investigação preliminar, porém não de forma plena, uma vez que não há uma participação dialética das partes nesta fase, característica, esta, da fase processual.

Visto os argumentos levantados no âmbito desta divergência doutrinária, observa-se que o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa estão presentes na fase de investigação criminal preliminar, porém, não de forma plena.

<sup>76</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, loc. cit.

<sup>77</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, vol. 1. p. 151.

<sup>78</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.





No tocante ao contraditório, este apenas apresenta-se, na instrução preliminar, em sua vertente de informação, tendo em vista que o investigado tem o direito de saber sobre o andamento da investigação, bem como de saber que fora indiciado. Entretanto, não há a vertente de participação do contraditório nesta fase, uma vez que não há escopo para participação dialética das partes, como ocorre em fase judicial, capaz de vincular o juiz a todos os pontos levantados.

Ressalta-se que, excepcionalmente, haverá contraditório pleno no inquérito policial quando for necessária a produção antecipada de provas, uma vez que é um momento jurisdicionalizado e, por isso, são feitas perante as partes.

Quanto a garantia da ampla defesa, esta encontra-se de forma limitada também na investigação, tendo em vista que o advogado do investigado não pode participar de forma tão ativa como ocorre na fase judicial. Diante disso, o indiciado tem direito a defesa técnica, direito ao silêncio, não produzir provas contra si mesmo, bem como fazer diligências.

Vale salientar que a alteração legislativa, em sua grande maioria, somente concretizou o que já havia disciplinado na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Dentro desse contexto, pode-se citar a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup> que já garantia ao defensor o direito de acesso amplo aos elementos de prova produzidos em procedimento investigatório, logo, verifica-se que o STF já reconhecia a incidência limitada dessas garantias constitucionais. Além disso, o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal<sup>80</sup> já garantia ao preso o direito a defesa técnica.

Observa-se que as alterações ocorridas no Estatuto da Ordem, por força da Lei nº 13.245/16, representaram um avanço para reforçar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, ressalvando que continuam

---

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.



sendo exercidos de forma limitada conservando a característica inquisitiva desta fase preliminar para que não torne a investigação ineficaz, mas garantindo os direitos do investigado.

## **5. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO**

### **5.1. Sistema norte-americano**

A partir deste capítulo, tratar-se-á mais profundamente sobre a investigação penal defensiva e, notadamente, neste item será analisado o sistema defensivo norte-americano, uma vez que eles instauraram critérios para a verificação da efetividade da defesa técnica do acusado.

#### **5.1.1. Modelo Judiciário estadunidense**

Nos Estados Unidos da América, o sistema jurídico vigente é o da *common law*, no qual, diferente da *civil law* em que a fonte do direito mais importante é a lei, consiste em dar maior relevância aos costumes e jurisprudência, os quais são a base de regras jurídicas e princípios não escritos.

A organização judiciária divide-se entre o âmbito federal (*Federal Courts*) e estadual (*State Courts*), sendo que, neste último, os Estados-membros possuem autonomia para constituir seus próprios sistemas judiciais.

Na esfera estadual, em uma visão geral, na base da organização judiciária estão as Cortes de Julgamento (*trial courts*), depois encontram-se as Cortes de Apelação (*court of appeals*) e, encabeçando o sistema está a Suprema Corte Estadual (*state supreme courts*).

Impende a aclarar que, no âmbito da justiça federal, a Suprema Corte está no topo e é composta por nove juízes, sendo um juiz-presidente. Além disso, esta Corte fora criada pela Constituição de 1787, sendo regulamentada pelo *Judiciary Act* de 1789.



Oportuno dizer que a sua competência é de rever as decisões dos tribunais federais ou estaduais, observando se há violação da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), ratificada em 1791. Salienta-se que para um caso ser apreciado pela Suprema Corte, o interessado deve formular os chamados “mandados de certificação” (*writs of certiorari*), por meio dos quais a Corte irá decidir se analisará tal matéria, possuindo certa faculdade nesse sentido.

Como forma de corroborar o assunto, João Gualberto Garcez Ramos<sup>81</sup> apresentou, em sua obra, a dinâmica do “*writs of certiorari*”, *ipsis litteris*:

“Por meio dos atuais ‘mandados de certificação’, a Suprema Corte requisita dos demais tribunais informações a respeito de um determinado caso por eles julgado; revê os argumentos utilizados na decisão; colhe, se achar necessário, novos argumentos orais; discute os fundamentos e emite uma decisão sobre a correta interpretação da Constituição nesses casos”.

Ademais, o país foi dividido em treze distritos judiciais, os quais são organizados, hoje, em treze circuitos judiciais federais que compõem tribunais inferiores à Corte Suprema, quais sejam, Cortes Federais de Circuito (*US circuit courts*), Cortes Federais de Distrito (*US district courts*) e Cortes Federais de Apelação de Circuito (*US circuit courts of appeal*).

### **5.1.2. Investigação defensiva norte-americana**

A investigação criminal norte-americana, realizada por órgãos policiais, embora não seja privativa deles, é subdividida em duas partes, quais sejam, reunião de elementos essenciais à autoria e materialidade do delito e, num segundo momento, o foco passa a ser o suposto autor do crime e inicia-se a persecução que, por sua vez, possui três fases: investigação, adjudicação e judicial.

Dentro desse contexto, nesse primeiro momento da investigação, não existe prazo para o fim das diligências, há sigilo total dos atos e não há direito de defesa, tendo em vista que não tem, ainda, um sujeito identificado como suspeito. O investigado somente passa a ter garantias de defesa quando inicia-se a persecução penal.

---

<sup>81</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

No tocante ao processo penal, a 6ª Emenda à Constituição é o principal marco legislativo, uma vez que foram instituídos os direitos fundamentais dos cidadãos que proporciona ao acusado o devido processo penal e, dentre eles, encontra-se o direito à defesa técnica e o direito à prova defensiva, este último consistente no direito a presença coercitiva da testemunha e no reconhecimento, em juízo, de todos os elementos probatórios testemunhais lícitos apresentados pelo acusado.

Ressalta-se que no sistema investigatório estadunidense, a administração das provas é compromisso das partes e não do juiz, portanto, o investigado, por meio de seu defensor, pode fazer a colheita de elementos necessários para sua defesa, tais como, inquirir testemunhas e consultar peritos para proferirem pareceres técnicos, baseando-se nos mesmos requisitos processuais da fase judicial.

Como falado antes, a persecução penal divide-se em três fases e, na fase de adjudicação, o membro do Ministério Público formaliza a acusação e o juiz faz o juízo de admissibilidade, no qual, ainda, irá admitir ou não as provas produzidas na investigação. Vale dizer que, nos Estados Unidos, não há ação penal de iniciativa privada, sendo a acusação exclusiva do Ministério Público.

Quanto a fase judicial, as partes fazem suas alegações e há o julgamento pelo juiz ou pelo júri, sendo que, em caso de condenação, terá uma próxima etapa que é a de proferimento de sentença.

Ademais, passando-se para uma análise mais detida da defesa, a Suprema Corte entende que a defesa técnica deve ser efetiva para assegurar um confronto, na fase judicial, da prova trazida pela acusação.

Nesse sentido, houve o julgamento de dois casos importantes em matéria de defesa técnica, quais sejam, caso *Cronic* e *Strickland*, nos quais observou-se que a Suprema Corte entendeu que haveria violação à 6ª Emenda, no tocante a defesa, se o defensor tivesse uma atuação que prejudicasse a dinâmica de confronto de provas na fase judicial. Entretanto, esses



precedentes não determinaram critérios quanto a atuação do advogado e a investigação defensiva.

No que diz respeito a investigação criminal defensiva, foram publicadas, em 1993, as Normas para a Justiça Criminal: função persecutória e defensiva, as quais estabeleceram critérios mínimos nos quais a atuação da acusação e da defesa devem estar baseadas.

Dentro desse mesmo contexto, salienta-se que dentre as normas relacionadas à defesa, possui um dispositivo que aborda a investigação, *in verbis*:

“Norma 4.4.1 Dever de investigação

(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

(b) O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova”<sup>82</sup>.

Outrossim, estabelece que o advogado não deve ter carga laboral excessiva, bem como utilizar meios de provas ilícitos, designa a postura diante das testemunhas e peritos, além de o dever de cooperação de divulgação dos elementos obtidos na investigação. Diante disso, observa-se que a defesa técnica deve apresentar elementos de prova satisfatórios na fase judicial para ter uma atuação correta em sua atividade.

Neste diapasão, a Polícia Judiciária, bem como o Ministério Público devem garantir amplo acesso aos elementos de prova obtidos, em âmbito investigatório, para que sejam demonstrados, ao defensor do investigado, os fatos pelos quais a acusação está sendo baseada, possibilitando, assim, uma efetiva investigação criminal defensiva.

Nota-se, diante do exposto, que a investigação criminal defensiva, no sistema criminal norte-americano, compreende a obtenção de elementos de prova buscando-se demonstrar a

---

<sup>82</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 6.



inocência do acusado, bem como, no caso de já tiver determinada a condenação, obter meios para diminuir a pena de seu cliente.

Vale salientar que a investigação defensiva é uma importante ferramenta a favor da defesa, uma vez que o Ministério Público tem amplo poder na instrução preliminar, conforme salienta Bruno Calabrich<sup>83</sup>, *in verbis*:

“Embora seja necessária uma autorização judicial (*warrant*) para medidas cautelares de prisão, de busca (*search*) e de apreensão (*seize* ou *seizure*), nos Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário permite [...] negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*plea bargaining*)”.

Ademais, muito ainda tem que ser avançado quanto à investigação defensiva no sistema norte-americano, uma vez que é notório o quadro de elevado índice de erros cometidos no Judiciário estadunidense, em âmbito criminal, contra pessoas condenadas.

## 5.2. Sistema italiano

Aproveitando o ensejo do estudo sobre a investigação criminal defensiva no direito estrangeiro, abre-se o presente tópico para uma breve análise sobre o direito italiano, como forma de corroborar a pesquisa, uma vez que o ponto central fora o sistema norte-americano.

No direito italiano, antes de sofrer uma reforma processual, a persecução penal era composta pela fase de instrução e debates, na qual a primeira elaborava dados probatórios, enquanto a segunda possuía caráter acusatório e buscava a decisão da lide. Ressalta-se que a investigação desdobrava-se sem interferência da acusação ou defesa, sendo comandada pelo juiz.

Após a reforma processual de 1988, ocorreram ainda algumas alterações legislativas e umas das principais inovações foi a concessão à acusação e defesa dos poderes investigativos

---

<sup>83</sup> CALABRICH, 2007, p.79-80, apud MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125-126.



e, com isso, poderiam averiguar elementos de prova. Diante disso, observa-se que o defensor passou a ser parte ativa em âmbito de investigação criminal, uma vez que poderia desenvolver investigação particular.

Impende a aclarar que surgiram algumas leis no direito italiano que contribuíram para assegurar garantias aos defensores dos imputados, como, por exemplo, a Lei nº 332 de 1995, a qual possibilitou a inserção dos elementos de provas obtidos na investigação realizada pela defesa nos autos da instrução preliminar.

Ademais, também houve o advento da Lei nº 397 de 2000, a qual regulou especificamente a investigação defensiva, criando seu procedimento próprio, através da alteração de artigos do Código de Processo Penal italiano. Dentro desse contexto, André Augusto Mendes Machado<sup>84</sup> versou, em sua obra, sobre a referida legislação, *ipsis litteris*:

“A Lei 397, de 07.12.2000, alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, para regulamentar, de maneira detalhada, a investigação defensiva. Na verdade, este diploma legal objetivou reequilibrar a posição das partes na persecução prévia, atribuindo ao defensor poderes investigatórios já previstos para o Ministério Público e a Polícia Judiciária”.

Oportuno dizer que, a partir dessas alterações legislativas, fora efetivado o princípio da isonomia entre as partes em âmbito investigatório, uma vez que, além de a defesa possuir a possibilidade de investigação particular, os elementos de provas obtidos tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa passaram a ter mesmo valor.

Insta salientar que a investigação defensiva pode ser realizada pela defesa técnica de qualquer assistido, não sendo uma exclusividade do sujeito passivo na investigação. Além disso, este instituto é de iniciativa do próprio defensor, o qual possui a responsabilidade por tal ato.

Por fim, vale dizer que, dentre as prerrogativas da defesa técnica na investigação defensiva, o defensor não é obrigado a registrar, nos autos, seus elementos de investigação, o

---

<sup>84</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.



que ocorre de maneira diversa do Ministério Público e Polícia Judiciária, tendo em vista que estes órgãos possuem tal dever.

Dentro desse contexto, André Augusto Mendes Machado<sup>85</sup> informou que, caso o defensor queira registrar seus atos, deverá “documentar fielmente todas as perguntas e respostas dadas, sem deturpar o seu teor”.

## **6. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **6.1. Do princípio da igualdade, da eficiência e do garantismo**

De início, será feita uma pequena abordagem acerca dos conceitos de igualdade, eficiência, bem como o garantismo, uma vez que são peças importantes em âmbito de investigação defensiva.

O princípio da igualdade é um direito fundamental do qual a investigação defensiva decorre, consistente na não distinção de qualquer natureza entre as pessoas, conforme disciplina o artigo 5º da Constituição Federal<sup>86</sup>, devendo ser respeitado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito.

Dentro deste contexto, tal princípio compreende a igualdade formal e material. A primeira trata que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos aqueles que encontram-se em determinada situação jurídica deve ser tratado de forma igual. Já a igualdade material é aquela perante o Estado, a qual leva em consideração peculiaridades inerentes a cada indivíduo ou a cada grupo social e, diante disso, o Estado estabelece uma noção de igualdade por meio de um direito social, ocasionando, assim, vedação a um tratamento discriminatório.

---

<sup>85</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

<sup>86</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 3.





Oportuno dizer, no âmbito do processo penal, o ensinamento de André Augusto Mendes Machado<sup>87</sup>, “um processo justo depende de simetria na idoneidade técnica das funções da acusação e da defesa. Para alcançar este propósito, é necessária, às vezes, tutela diferenciada para o direito de defesa do acusado em relação às prerrogativas conferidas à acusação”.

No que diz respeito a eficiência e ao garantismo, a primeira caracteriza-se pela habilidade de produzir o efeito desejado, enquanto que o garantismo, conforme ensina Aury Lopes Jr.<sup>88</sup>, caracteriza uma técnica de tutela de direitos fundamentais. Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 tem forte influência garantista e trouxe princípios explícitos e implícitos para aplicação no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, sob o aspecto constitucional, garantia quer dizer “normas tuteladas pela CF visando proteger o indivíduo contra o abuso de poder por parte do Estado e garantir o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>89</sup>.

No âmbito do processo penal, haverá a observância da eficiência e garantismo quando for atingido o efeito de um resultado justo, respeitando os direitos fundamentais, os quais são assegurados às partes, principalmente ao acusado que necessita ter instrumentos para impedir acusações infundadas.

Neste cenário, Luigi Ferrajoli<sup>90</sup>, ao versar sobre o garantismo penal, objetivou ampliar a liberdade do indivíduo e diminuir o excesso punitivo do Estado de uma forma em que a liberdade individual prevalecesse.

Além disso, este mesmo autor produziu um modelo ideal garantista, no qual apenas o sistema jurídico que aplicasse todos os princípios disciplinados a seguir, seria garantista em

---

<sup>87</sup> MACHADO, André Augusto Mendes, op. cit., p. 102.

<sup>88</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

<sup>89</sup> GUIMARÃES, 2009, p. 218 apud BRUNO, Rhendrix. Breves considerações sobre a investigação criminal defensiva. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122337368/breves-consideracoes-sobre-a-investigacao-criminal-defensiva>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.



sua totalidade, são eles: (i) princípio da retributividade da pena em relação ao delito; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da necessidade e da economia do direito penal; (iv) princípio da lesividade do evento; (v) princípio da materialidade da ação; (vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (vii) princípio da jurisdicionariedade; (viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (ix) princípio do ônus da prova; e (x) princípio do contraditório ou da defesa.

Impende a aclarar que, em âmbito de investigação criminal, deve-se atentar para o uso excessivo do garantismo, tendo em vista que poderá causar a ineficácia do procedimento investigatório.

Isto posto, a eficiência e o garantismo estão em consonância com a investigação defensiva criminal, tendo em vista que, segundo André Augusto Mendes Machado<sup>91</sup>, “primeiro, ela coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo que o seu defensor recolha elementos de prova que lhe sejam favoráveis. Segundo, porque ela aumenta o campo cognitivo do magistrado, que, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da investigação preliminar, poderá cotejar os dados resultantes da investigação pública e da defensiva”.

Ademais, a partir da característica de igualdade, juntamente com a de eficiência e do garantismo, o acusado terá a possibilidade de desenvolver elementos de investigação com a finalidade de produzir uma convicção probatória eficiente para a elaboração de sua tese defensiva.

## 6.2. Modo de aplicação da investigação defensiva

A investigação defensiva, nas palavras de André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan<sup>92</sup>, é “o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer

<sup>91</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

<sup>92</sup> AZEVEDO, André Boiani e; Baldan, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n1013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>> Acesso em: 25 abri. 2017.



fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.

Este instrumento de defesa somente processa-se a partir do momento em que o imputado é comunicado e, por sua vez, toma ciência de que há uma persecução penal na qual ele é investigado, tendo em vista que é a partir desse momento que ele poderá nomear defensor para trabalhar em sua defesa.

Nesse sentido, André Augusto Mendes Machado<sup>93</sup> entende que “tendo em vista a finalidade da investigação defensiva, é evidente que a sua eficácia está diretamente ligada ao fator tempo. Quanto antes começar a atividade investigatória do defensor, maior a probabilidade de se obterem elementos materiais relevantes para a defesa do imputado [...]. Melhor seria se o imputado fosse comunicado da própria instauração da investigação pública, salvo hipóteses excepcionais de sigilo, e desde então lhe fosse assegurado o direito à investigação defensiva, em qualquer estado e grau da persecução criminal, conforme a estratégia de defesa adotada por seu defensor”.

Diante disso, há, inclusive, a chamada investigação defensiva preventiva, conforme também ensina André Augusto Mendes Machado<sup>94</sup>, a qual ocorre quando um procedimento criminal ainda não fora formalmente instaurado, como, por exemplo, uma fiscalização administrativa, não podendo, o defensor, executar medidas que dependam de autorização da Autoridade Judiciária.

Observa-se que a investigação defensiva decorre dos direitos fundamentais da ampla defesa e da igualdade e, tendo em vista que a Autoridade Policial e o Ministério Público, órgãos públicos que conduzem a investigação, tem acesso a amplos poderes e meios materiais

---

<sup>93</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

<sup>94</sup> Idem, p. 173.



investigatórios, inclusive dispõem de funcionários investigativos e periciais próprios, é necessária uma paridade de armas, para que haja uma investigação defensiva efetiva, uma vez que a defesa não tem acesso nem a investigadores próprios, a não ser os grandes escritórios, e também não possuem serviço especializado nesse sentido, como ocorre nos Estados Unidos.

Impende a aclarar, ainda, que os órgãos estatais possuem poder de polícia para exercerem suas atividades, enquanto que a defesa não, o que prejudica o instrumento da investigação defensiva, uma vez que o defensor não possui poder de coerção para submeter terceiros a prestarem informações ou documentos, dependendo somente da cooperação ou autorização judiciária. Portanto, diante disso, a defesa necessita de igual capacidade e poder da acusação.

Oportuno dizer, neste contexto, que Luigi Ferrajoli<sup>95</sup> sustenta “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações”.

Todavia, é necessário dizer que a investigação defensiva também precisa dos mesmos limites dados aos órgãos públicos ao requisitar acesso a informações que restrinjam direitos fundamentais e, devido a isso, dependam de autorização judicial. Diante disso, o defensor deve praticar a atividade investigatória, por óbvio, sem violar direitos constitucionais e com a permissão do possuidor do direito.

Ademais, o defensor do imputado, para realizar a investigação defensiva, deve poder examinar documentos, fazer cópias, realizar perícias ou obter informações acessando lugares públicos ou privados, bem como poder nomear assistente técnico para composição de laudos

---

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.



periciais. Além disso, os atos realizados pelo defensor devem ser escritos e documentados de forma regular para que não haja risco de não serem aceitos em fase processual.

O defensor deve apresentar a conclusão de sua investigação à Autoridade Judiciária na ocasião em que entender mais favorável ao imputado, o que geralmente ocorre ainda durante a instrução preliminar, uma vez que se pretende evitar a instauração de ação penal. Vale dizer ainda que a documentação apresentada pelo defensor na investigação permanece junto ao ofício judicial, até o fim da investigação, sob forma de sigilo, e após essa fase, ele é apensado aos autos da instrução preliminar.

Como forma de corroborar o assunto, André Augusto Mendes Machado<sup>96</sup> ensina, em sua obra, os momentos em que o defensor poderá introduzir o resultado da investigação conforme sua estratégia processual, *in verbis*:

“o defensor introduzirá os elementos defensivos nos autos do procedimento comum conforme o seu propósito na persecução penal: se pretende o arquivamento do feito, ainda na fase preliminar, se pretende a absolvição do acusado em julgamento de mérito; se pretende evitar alguma medida coercitiva, física ou patrimonial; ou ainda se pretende apenas restringir o objeto da imputação”.

De outro modo, se os documentos resultantes da investigação feita pelo defensor do imputado somente forem apresentados já em fase judicial, o juiz deve submetê-los ao contraditório.

Observa-se que a investigação defensiva possui interesse privado e, por isso, objetiva colher apenas informações que sejam favoráveis ao investigado, não estando obrigado a apresentar novos fatos ou provas ou, crimes descobertos que prejudiquem o indiciado, tendo em vista que o imputado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. De maneira oposta, a investigação pública deve analisar todas as circunstâncias do fato criminoso, mesmo as favoráveis ao indiciado, como forma de identificar a autoria e materialidade delitiva.

---

<sup>96</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

No tocante às provas obtidas durante a investigação, de início, vale dizer que o direito à prova, consagrado expressamente no Brasil após a disposição do artigo 8º, 2, f da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>97</sup>, pode ser conceituado como “a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, a fim de formar o convencimento judicial, por meio da coleta dos dados que entenderem pertinentes e relevantes, bem como da participação nos atos probatórios e manifestação sobre o resultado”<sup>98</sup>.

Nesse diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, garante ao acusado tempo e instrumentos necessários para a elaboração de sua defesa, bem como o direito de interrogar testemunhas de acusação e solicitar o comparecimento e interrogatório das testemunhas de defesa, conforme artigo 14, 3, “b” e “e”<sup>99</sup>.

Decisivo salientar que o direito à prova pode ser reconhecido tanto antes como durante o processo. A partir disso, existem quatro fases referentes à prova, quais sejam, (i) a proposição que é o direito de pedir a prova; (ii) a admissão e produção, nos quais o juiz admite ou não a prova e, em caso positivo, a prova é introduzida nos autos do processo; e (iii) apreciação, na qual o juiz fará a valoração da prova.

Impende a aclarar que o juiz somente admite e aprecia as provas relevantes e convenientes para esclarecer o fato criminoso e, ainda, aquelas obtidas e produzidas através de meios lícitos.

Além disso, observa-se que o direito à prova decorre do princípio da ampla defesa e a prova do alegado caberá a quem a fizer, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal<sup>100</sup>,

---

<sup>97</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 30 abri. 2017.

<sup>98</sup> MACHADO, André Augusto Mendes, op. cit., p. 113-114.

<sup>99</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 30 abri. 2017.

<sup>100</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 253.



logo, a produção de provas incumbirá, em regra, às partes, podendo o juiz determinar a realização de diligências em caso de dúvidas sobre determinado ponto, sob a ótica da presunção de inocência. Oportuno dizer que o juiz não pode conduzir os atos investigatórios, uma vez que afetaria sua imparcialidade em Juízo.

Nesse sentido, Diogo Malan<sup>101</sup> afirma que a prova defensiva “não se limita à possibilidade de influenciar o convencimento do juiz via sustentações orais, memoriais, arrazoados etc., abrangendo também o direito à produção em Juízo dos elementos de prova que possam corroborar tais manifestações defensivas. Esse direito não se circunscreve à fase judicial da persecução penal, estendendo-se à fase de investigação preliminar do delito”.

Dentro desse contexto, as provas obtidas em âmbito de investigação defensiva também não devem ser ilícitas, não podem causar óbices a investigação realizada pelos órgãos públicos e nem comprometer fontes de prova. Diante disso, caso ocorra oposição entre os atos investigativos, prevalecem os dados da investigação pública, uma vez que a investigação defensiva busca, geralmente, elementos que não estão sendo investigados pelo órgão público.

Ademais, como falado antes, o defensor não possui poder coercitivo para os atos investigatórios e, por isso, depende do consentimento de terceiros, como testemunhas e informantes, para o fornecimento de dados. Nesse caso, a defesa deve evitar a utilização indevida de dados relacionados a terceiros, em observação ao princípio da privacidade.

Salienta-se que a investigação defensiva não substitui o procedimento do inquérito policial, como ensina José Barcelos de Souza<sup>102</sup>, *ipsis litteris*:

“Entre nós, as investigações particulares encontram certas limitações, e as da defesa são semelhantes às do Ministério Público. Mesmo porque, ambas não se acham legalmente disciplinadas. Dificuldades e limitações, em geral, de natureza operacional. Assim é que, se é inegável que de modo geral podem investigar, isso não significa, entretanto, que o Parquet e o particular poderão fazê-lo mediante inquérito policial – função da polícia, como o próprio nome indica, e que

<sup>101</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 10.

<sup>102</sup> SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez., 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>> Acesso em: 1 mai. 2017.



compreende poderes importantes que eles não têm. Assim, o poder de proceder a busca e apreensão – que, além de servir para a coleta de outras provas mencionadas no art. 240 do Código de Processo Penal, se destina ainda a “colher qualquer elemento de convicção”.

Por fim, é importante expor os benefícios trazidos pela investigação defensiva, enumerados por Francisco da Costa Oliveira<sup>103</sup>, quais sejam, (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo; e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

### 6.3. Investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro

Atualmente, não existe norma jurídica sobre a investigação defensiva no direito processual brasileiro. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes<sup>104</sup> disciplinou em sua obra, *in verbis*:

“não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados”.

Observa-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que há maior valor dado aos elementos de prova obtidos pelos órgãos estatais do que os auferidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou mesmo nos autos da investigação pública, tendo em vista a tradição que perpetua no país de uma investigação inquisitorial.

Dentro desse contexto, Francisco da Costa Oliveira<sup>105</sup> entende que a investigação criminal defensiva possui um descrédito porque é vista como um meio de ocultar o delito e destruir provas, inviabilizando a investigação cujo objetivo é buscar a realidade do fato criminoso.

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21-24.

<sup>104</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.





A investigação, hoje, no Brasil, se dá pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, esta última sob fiscalização do Ministério Público e do juiz, conforme já visto. Assim sendo, é difícil acreditar que o Parquet é imparcial e conduz a investigação sem o desejo de efetivar sua tese acusatória, uma vez que não é essa a realidade que demonstra-se na prática, até mesmo porque o investigador costuma ser receptivo aos elementos que confirmam sua tese acusatória do que o contrário. Da mesma forma, o inquérito policial, conduzido pela Polícia Judiciária, que deveria ser imparcial, possui nítido perfil acusatório.

Acrescenta-se que os dois órgãos mencionados acima desempenham atividades associadas ao exercício de o poder punitivo do Estado e, devido a este fato, torna-se questionável a imparcialidade deles, além de corroborar para seu caráter mais acusatório, apesar de estarem vinculados ao princípio da legalidade, objetividade e imparcialidade.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes<sup>106</sup> entende que “a prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência”.

Ademais, o autor André Augusto Mendes Machado<sup>107</sup> versou no mesmo sentido sobre o inquérito policial, *ipsis litteris*:

“O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instruir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo”.

---

<sup>106</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21, jul./set. 2002, p. 13.

<sup>107</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.



Nota-se que há no âmbito de Ministério Público e Polícia Judiciária a falsa ideia de que a eficácia da instrução preliminar decorre da confirmação de existência de um fato criminoso e, por isso, ocorre toda a desvalorização das provas produzidas pela defesa que supostamente poderiam ocultar a realidade em torno do crime. Somado a isso está o fato de tais órgãos estatais não investigarem adequadamente quando estão pressionados por prazos processuais ou rogo da opinião pública.

Neste cenário, verifica-se que a efetiva possibilidade de investigação defensiva, como já ocorre nos Estados Unidos e Itália conforme visto em capítulo anterior, por meio de instituição e regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro como uma faculdade a ser exercida pelo defensor do indiciado, é um importante fator contra esse quadro de desigualdade, no qual há nítido desrespeito ao princípio da presunção de inocência, disciplinado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal<sup>108</sup>.

Ressalta-se que a investigação defensiva caberá tanto na investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público, uma vez que o Parquet direciona sua investigação para demonstrar suas teses, quanto na investigação em âmbito de inquérito policial, no qual, hoje, é direcionado à condenação.

Destarte, é necessária a efetivação do princípio de paridade de armas entre a defesa e acusação em âmbito de investigação preliminar, tendo em vista que, dessa forma, poderão ser evitadas medidas cautelares e acusações infundadas, que vão de encontro com o binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional.

Ademais, muitos argumentam que a situação econômica da maioria dos imputados no território brasileiro inviabilizaria uma investigação particular realizada pela defesa, uma vez que não poderiam arcar com os custos demandados desse instrumento.

Neste diapasão, a investigação defensiva deve ser realizada pela Defensoria Pública, cabendo ao Estado garantir assistência gratuita e integral aos hipossuficientes, especialmente

---

<sup>108</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.



dos investigados na esfera penal, conforme disciplina os artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal de 1988<sup>109</sup>. Além disso, o artigo 8º, 2, “e” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>110</sup> regula a garantia de que toda pessoa tem direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, quando não constituir advogado particular.

Vale dizer que a Defensoria Pública da União somente foi instituída no ano de 1994, a partir de a promulgação da Lei Complementar nº 80, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 132/09, sendo que desde a Constituição Federal de 1988 esperava-se a publicação de lei específica sobre o órgão. Ademais, os Estados, depois da elaboração da lei federal, começaram, aos poucos, constituírem as Defensorias Públicas dos Estados.

Verifica-se que toda pessoa, hipossuficiente ou não, diante de um procedimento criminal, tem o direito a defesa técnica para garantir a legalidade da persecução penal, portanto, o argumento de que o imputado não teria condições de suportar uma investigação particular não se sustenta.

Ressalta-se ainda que, no tocante à assistência judiciária gratuita, deverá haver uma estruturação adequada com funcionários capacitados para realização de uma investigação defensiva a fim de salvaguardar os hipossuficientes assistidos.

### **6.3.1. Dispositivos da legislação brasileira e a investigação defensiva**

De início, vale dizer que o presente tópico analisará diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro relacionando-os com a investigação criminal defensiva, inclusive a Lei nº 13.245/16, objeto também desta pesquisa.

---

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11 e 102.

<sup>110</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 1 mai. 2017.



Impende a aclarar que a previsão do artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>111</sup>, o qual disciplina que o indiciado e o ofendido poderão requerer diligência à Polícia Judiciária na fase investigativa e esta será realizada à juízo da Autoridade Policial, não se confunde com uma forma de investigação defensiva, uma vez que há simples participação do defensor na investigação solicitando algumas diligências.

Haja vista a característica de não obrigatoriedade em atender ao pedido de diligência inserida na regra do referido artigo, verifica-se um prejuízo para a defesa que pode ter a realização frustrada de uma diligência importante para sua tese.

Neste diapasão, a Autoridade Policial não pode simplesmente indeferir o pedido do defensor de forma arbitrária, à luz da Constituição Federal de 1988, mas somente em caso de o meio probatório requerido ser ilícito ou tiver objetivo protelatório em relação ao procedimento. Diante disso, André Augusto Mendes Machado<sup>112</sup> afirma que “a Autoridade Policial deve executar as providências requeridas pelo imputado, desde que demonstrada a sua pertinência e relevância para a elucidação dos fatos investigados”.

Considerando-se a falta de valoração empregada às provas produzidas na esfera da defesa, como já analisado antes, é observado, na prática, que as diligências requeridas pela vítima são realizadas em maior frequência em relação àquelas requeridas pela defesa, justamente por conta de a ideia equivocada de que a investigação deve resultar em condenação.

Ademais, neste cenário de desigualdade no tocante a valoração de provas entre defesa e acusação, vale dizer que o Ministério Público, conforme o artigo 129, inciso VIII da Constituição Federal<sup>113</sup>, pode requisitar diligências investigatórias, ao passo que a defesa apenas pode requerer, ou seja, o Ministério Público faz uma exigência legal enquanto que a defesa faz um pedido que pode ou não ser atendido.

---

<sup>111</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador, 2016, p. 238.

<sup>112</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

<sup>113</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

Isto posto, o dispositivo em questão não pode ser considerado uma modalidade de investigação realizada pelo defensor porque, apesar de poder requerer diligências que podem ou não serem cumpridas pela Autoridade Policial, no final, ainda estará restrito ao modo de condução da investigação dada pela Polícia Judiciária.

Outrossim, o Estatuto da Ordem de Advogados do Brasil, após a alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.245/16, representou um avanço no tocante as garantias do imputado, uma vez que disciplinou em lei alguns direitos reservados ao defensor em fase investigatória, apesar de já ser o entendimento jurisprudencial, conforme visto anteriormente.

O defensor pode ter acesso aos autos do procedimento investigatório, podendo fazer cópias de peças, além de assistir o investigado durante o depoimento e, caso lhe seja negado esse direito, resultará em nulidade deste ato probatório. Tal previsão é uma garantia contra o abuso de poder em fase preliminar de investigação.

Observa-se que as alterações realizadas com o advento da Lei nº 13.245/16 são apenas uma forma de materialização de garantias ao indiciado e seu defensor, não resultando em indícios de uma investigação particular da defesa, uma vez que, bem como a disposição do artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>114</sup>, a defesa continua limitada à investigação pública.

Corroborando esse entendimento, apresenta-se o veto presidencial à alínea “b” do artigo 7º, inciso XXI da Lei 8.906/94<sup>115</sup>, o qual versava que o advogado poderia “requer diligências”. Ora, se o único dispositivo que dava indícios de uma exigência legal por parte do defensor fora vetado, não há que se falar em investigação defensiva a partir dessa legislação.

É válido dizer que, apesar de não haver uma investigação defensiva prevista em lei a partir desses dispositivos, verifica-se um avanço no sentido de ampliar garantias à defesa

---

<sup>114</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

<sup>115</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2017.



técnica e, por conseguinte, ao investigado em âmbito de investigação, tendo em vista que o indiciado geralmente não possui uma efetiva atuação de seu defensor nesta fase preliminar.

Como forma de demonstrar este cenário de inefetividade da defesa em fase de investigação, Diogo Malan<sup>116</sup> informou que fora realizada pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), na qual foram analisadas apelações interpostas de condenações por crime de roubo perante o extinto Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, no período entre janeiro e dezembro do ano de 2000. Tal pesquisa concluiu que a maioria dos condenados não tiveram uma defesa efetiva em fase de investigação preliminar, ao passo que em 100% dos casos houve exercício da defesa técnica no tocante às peças processuais consideradas obrigatórias pela jurisprudência.

Vale informar, ainda nesse contexto, que Diogo Malan<sup>117</sup> também enumerou alguns fatores estruturais do sistema de administração da Justiça criminal brasileira que contribuem para uma defesa deficiente nesta etapa preliminar, *in verbis*:

“(a) falta de infraestrutura, de pessoal, de verbas e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária, que atendem à vasta maioria da clientela do sistema penal; (b) precariedade da formação, seleção e remuneração dos advogados particulares nomeados como defensores dativos; (c) falta de previsão legal para a aplicação de qualquer espécie de sanção ético-disciplinar nos casos em que o defensor técnico do acusado é completamente omissos quanto ao seu dever de investigar; (d) teor do enunciado da Súmula 523 (MIX\2010\2246) do STF”.

Diante disso, restou demonstrada a importância de a Lei nº 13.245/16 e, como forma de corroborar o assunto, Manoel Messias Peixinho<sup>118</sup> enumerou três pontos relevantes a partir das alterações realizadas pela legislação em apreço: “No primeiro aspecto o advogado tem o pleno acesso ao inquérito com a finalidade de instruir seus clientes e, conseqüentemente, melhor preparar a defesa técnica na fase processual oportuna. O segundo aspecto diz respeito à colaboração que o advogado pode dar no aperfeiçoamento do inquérito com vista a buscar a

<sup>116</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 12.

<sup>117</sup> Idem, p. 13.

<sup>118</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.13.



verdade material. [...] O terceiro aspecto relevante que justifica a participação do advogado no inquérito policial é permitir que haja um melhor controle da atividade de investigação policial para evitar arbitrariedades e abuso de autoridade”.

Oportuno dizer que, da mesma forma em que não há previsão em lei sobre a investigação defensiva, também não há nenhum dispositivo prevendo sua proibição, mas se o defensor realizar sua investigação particular, não terá o auxílio da Polícia Judiciária. Neste cenário, verifica-se o advento da recente Lei nº 13.432, promulgada em 11 de abril de 2017, que dispõe sobre a profissão do detetive particular.

De acordo com a referida legislação, em seu artigo 2º, detetive particular é “o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante”<sup>119</sup>.

Insta ressaltar que o detetive particular poderá contribuir com a investigação pública, desde que autorizado por seu contratante e pela Autoridade Policial, porém não poderá participar diretamente de diligências policiais, conforme teor dos artigos 5º e 10, inciso IV, ambos da Lei nº 13.432/17<sup>120</sup>.

Contudo, da mesma forma de os preceitos mencionados anteriormente, a Lei nº 13.432/17 igualmente não apresenta uma forma de previsão legislativa quanto a investigação defensiva, tendo em vista que a atividade do detetive particular, ao colaborar com o inquérito policial, depende de autorização da Autoridade Policial, conforme critérios de necessidade e utilidade.

Dentro desse contexto, o Projeto de Lei nº 8045/2010, fruto do projeto de lei nº 156/2009, autoria do Senador José Sarney, define o Novo Código de Processo Penal. Tal

---

<sup>119</sup> BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Portal da legislação**, Brasília, abr. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm)> Acesso em: 2 mai. 2017.

<sup>120</sup> Idem.



legislação, se aprovada, apresentará previsão de uma possibilidade de investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nisso, o artigo 13 do referido Projeto de Lei<sup>121</sup> autoriza a investigação conduzida pela defesa, a partir da seguinte redação: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.

Haja vista a possibilidade expressa de investigação defensiva, a previsão ainda está longe de ser perfeita, uma vez que o parágrafo primeiro<sup>122</sup> do referido artigo afirma que a entrevista de pessoas realizada pela defesa dependerá do consentimento de terceiro e, além disso, o parágrafo quinto<sup>123</sup> informa que as provas produzidas pela defesa dependerão do consentimento de a Autoridade Policial para compor os autos do procedimento investigatório.

Relacionando o artigo 14 do atual Código de Processo Penal<sup>124</sup> e o artigo 26 do mencionado Projeto de Lei, o parágrafo primeiro<sup>125</sup> deste último dispositivo informa que se o requerimento de diligência feito pela defesa for indeferido pela Autoridade Policial, o defensor poderá fazer uma representação ao Ministério Público ou ao superior da autoridade que proferiu o indeferimento, o que limita a discricionariedade que a norma atribuía ao Delegado de Polícia.

<sup>121</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8045 de 2010. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2009-04-22;156>> Acesso em: 2 mai. 2017.

<sup>122</sup> Art. 13 [...]

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

<sup>123</sup> Art. 13 [...]

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

<sup>124</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

<sup>125</sup> Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

§ 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público.





Por fim, ao analisar os artigos 396 e 396-A, caput, do atual Código de Processo Penal<sup>126</sup>, verifica-se que o acusado, por meio da resposta à acusação, poderá apresentar ao juiz todos os elementos de interesse à sua tese defensiva como forma de evitar o recebimento da denúncia promovida pelo Ministério Público.

Apresentada a peça processual de resposta à acusação tempestivamente, o juiz, após sua análise, poderá absolver sumariamente o denunciado se forem verificados os requisitos do artigo 397 do Código de Processo Penal<sup>127</sup>, ou receberá a denúncia, iniciando a ação penal, nos termos do artigo 399 do mesmo diploma legal<sup>128</sup>.

Observa-se que a defesa preliminar do acusado, realizada por meio de resposta à acusação, possui enorme relevância, tendo em vista que a partir dela poderão ser evitadas acusações descabidas, inclusive esses dispositivos demonstram uma preocupação do legislador em relação a essa circunstância.

Todavia, atualmente, a acusação e a defesa apresentam-se em nítida desigualdade neste momento de juízo de admissibilidade realizado pelo juiz, uma vez que o Ministério Público elabora a denúncia baseada em dados coletados a partir de uma investigação, a qual tem à disposição instrumentos investigatórios eficientes. Ao passo que a defesa não possui nenhum aparato efetivo de investigação para elaborar meio probatório a seu favor em defesa preliminar e, com isso, evitar uma possível ação penal contra si, tendo em vista que a ação penal inicia-se com o recebimento da denúncia.

Destarte, verifica-se a possibilidade e necessidade de garantir ao investigado o direito a investigação defensiva no Brasil, com base no princípio da isonomia, para que, assim, tenha possibilidade de elaborar uma resposta à acusação sustentada em elementos investigatórios

---

<sup>126</sup> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

<sup>127</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 280.

<sup>128</sup> Idem.



que não sejam somente aqueles indicados na peça acusatória feita pelo Ministério Público, uma vez que, como já visto, são inclinados a garantir a condenação.

## 7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento de a presente pesquisa analisou a possibilidade de implementação de uma investigação criminal defensiva no direito brasileiro, bem como avaliou a relação de alguns dispositivos presentes no ordenamento jurídico nacional com tal atividade, com destaque para a Lei nº 13.245/16. Além disso, fora estudado a presença ou não das garantias de o contraditório e da ampla defesa em fase investigativa preliminar.

De modo geral, a fase de investigação criminal possui natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual, sendo conduzida tanto pela Autoridade Policial, por meio do inquérito policial, quanto pelo Ministério Público, este último reconhecido recentemente pelo STF, os quais investigam os fatos dispostos na notícia de crime.

Com o advento de a Lei nº 13.245/16 foi retomada a discussão, que havia desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobre a incidência das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação, tendo em vista que tal legislação garantiu diversas prerrogativas à defesa técnica nesta fase preliminar. Neste cenário, constatou-se que o exercício de tais princípios constitucionais não estão presentes de forma plena nesta fase investigatória, uma vez que a participação do imputado é restrita e comprometeriam o desenvolvimento da investigação.

Observou-se que tanto a ampla defesa quanto o contraditório estão limitados na investigação, tendo em vista que o imputado, em relação a ampla defesa, tem direito a defesa técnica e não produzir provas contra si mesmo, bem como a única esfera do contraditório possível é a da informação, não possuindo respaldo de uma participação dialética das partes, excetuando-se o caso de produção de prova antecipada, portanto, ambos princípios não são plenos como ocorre na fase processual.



Ademais, não é possível a prática de atos investigatórios realizados pelo juiz, porém ele deve analisar a legalidade de diligências e, caso algum ato vier a causar restrição de direitos fundamentais, deverá ser precedido de ordem judicial fundamentada.

Dentro deste contexto, verificou-se, ao longo da pesquisa, que os órgãos estatais responsáveis pela investigação pública, os quais possuem poder de polícia e amplo acesso a meios investigatórios, apresentam maior receptividade aos elementos de prova que levam a condenação do imputado. Além disso, os dados probatórios apresentados pela acusação possuem maior valoração, na prática, em relação a defesa, tendo em vista uma falsa ideia de que a investigação é eficaz somente se houver a confirmação de um delito.

Diante disso, revela-se essencial a atividade da investigação defensiva, assim como ocorre nos Estados Unidos e Itália, consistente em uma participação mais ativa da defesa nesta fase preliminar, a qual poderá conduzir uma investigação particular buscando elementos que possam favorecer o imputado e não somente acusá-lo, conforme verifica-se na investigação pública, e, conseqüentemente, evitar uma ação penal infundada.

No tocante ao direito brasileiro, identificou-se que não há normas jurídicas referentes a investigação defensiva criminal e, a partir disso, foram analisados, no presente trabalho, diversos dispositivos do ordenamento brasileiro relacionando-os com uma possível investigação defensiva.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.245/16 fora examinada e constatou-se que ela apenas materializou, em lei, garantias ao imputado e seu defensor, contribuindo para uma melhor defesa do imputado, mas não resultou em indícios de uma investigação particular, tendo em vista que permaneceu restrita a investigação pública. De mesmo modo, o artigo 14 do Código de Processo Penal permite a participação do defensor na instrução preliminar solicitando diligências que podem ou não serem realizadas pela Autoridade Policial, o que também não possibilita uma efetiva investigação defensiva.



Em seguida, analisou-se, ainda, a Lei nº 13.432/17 que regulamentou a profissão de detetive particular no Brasil, porém, assim como os dispositivos anteriores, não dá respaldo a uma investigação por parte da defesa do imputado.

No entanto, notou-se a existência do projeto de lei nº 8045/2010 que define o novo Código de Processo Penal, o qual, caso seja aprovado, apresentará a previsão de uma investigação defensiva de forma facultativa no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que, apesar de ainda não ser a legislação ideal, uma vez que prevê que a Autoridade Policial irá consentir se a prova defensiva fará parte dos autos de investigação, é um avanço desta temática no direito brasileiro.

Como pode ser observado, há possibilidade de instituir a investigação conduzida pela defesa no Brasil, sendo realizada paralelamente à estatal, começando pelo já existente projeto de lei, que altera o Código de Processo Penal e possui tal previsão.

Entretanto, o projeto precisa ser melhor estudado para garantir isonomia entre a acusação e a defesa na persecução penal e assegurar sua efetividade no sistema criminal, inclusive sendo possível o acesso, pela defesa, a mesma infraestrutura investigativa que dispõe os órgãos públicos, bem como aos mesmos limites dados ao Ministério Público e Polícia Judiciária.

A partir de uma investigação defensiva efetiva, a persecução penal terá maior grau de eficiência, uma vez que evitará ações penais infundadas e, conseqüentemente, viabilizará o binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional, bem como diminuirá o quadro de desigualdade que existe entre a acusação e defesa na fase de instrução preliminar.

Os atos realizados dentro desta investigação são de caráter informativo, bem como ocorre na investigação pública, ou seja, não são atos de prova, apesar de a jurisprudência já admitir a fundamentação de condenação com base em atos do inquérito policial desde que não sejam os únicos meios de prova para o convencimento do Magistrado.



Por fim, a prática de uma investigação defensiva permitirá que o sujeito passivo tenha, a seu favor, os elementos levantados em uma investigação particular, o que ampliaria o campo de convencimento do juiz na fase judicial e, ainda, antes de iniciar a ação penal, tendo em vista que a defesa teria novas informações, além daquelas informadas na denúncia, para apresentar na peça de resposta à acusação, possibilitando que o juiz faça o juízo de admissibilidade baseado em amplos dados sobre o fato trazidos tanto pela defesa quanto pela acusação.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AZEVEDO, André Boiani e; Baldan, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8045 de 2010. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2009-04-22;156>> Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6705 de 2013. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-05;6705>> Acesso em: 12 abri. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em: <



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 30 abri. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

**Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 1 mai. 2017.

BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm)> Acesso em: 30 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 25 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Alterou o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Portal da legislação**, Brasília, jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm)>. Acesso em: 12 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Portal da legislação**, Brasília, abr. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm)> Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727 MG. Relator Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de jurisprudência**, Repercussão geral, 14 maio 2015.



Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>  
Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmula. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

BRUNO, Rhendrix. Breves considerações sobre a investigação criminal defensiva. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122337368>>.  
Acesso em: 30 abr. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei nº 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da Investigação Criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em:  
<<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Rumos da investigação no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; GROECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. **Conjur**, jan., 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, vol. 1.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010l>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez., 2004. Disponível em





<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 1 mai. 2017.