

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 859

(Ano X)

(23/06/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



21/06/2018 Kiyoshi Harada

» [Ditadura dos computadores nas relações fisco-contribuinte](#)

ARTIGOS

22/06/2018 Leonardo Fernandes Pinheiro

» [A eficácia vinculante do artigo 927 do CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho](#)

22/06/2018 Andreia Cristina Gomes Machado

» [Violência doméstica infantil: porta para a inserção na criminalidade](#)

22/06/2018 Pedro Henrique Fachini Lustosa da Costa

» [Reflexão sobre Justiça na UE a partir de Derrida e de Aristóteles](#)

22/06/2018 Mauricio Evandro Campos Costa

» [O visto temporário para o trabalho segundo as disposições da Nova Lei de Migração](#)

22/06/2018 Ramaiane Caldeira Barbosa

» [A possibilidade de se relativizar o crime de estupro de vulnerável menor de 14 \(quatorze\) anos](#)

22/06/2018 Victor Alexandre Costa de Holanda Ramos

» [Tribunais do MERCOSUL e os reflexos da intergovernamentalidade](#)

21/06/2018 Leonardo Fernandes Pinheiro

» [Imunidade tributária das empresas públicas e sociedades de economia mista a partir da análise da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos](#)

21/06/2018 Eduardo Augusto Arteiro de Faria

» [A aplicação de princípios e a segurança jurídica no Estado Social e Democrático de Direito - um reforço argumentativo](#)

21/06/2018 José Felipe Rangel da Silva

» [A Revolução Industrial e a origem do Direito do Trabalho](#)

21/06/2018 Kenny Dávio Mota Ribeiro

» [Consumidor segundo a teoria finalista aprofundada](#)

21/06/2018 Letícia Maffini de Paiva

» [Mandado de injunção: uma análise da evolução jurisprudencial do STF desde a Constituição Federal de 1988](#)

21/06/2018 Petterson Oliveira Sousa

» [Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade](#)

20/06/2018 Maurício Rossi

» [As gerações/dimensões dos Direitos Fundamentais](#)

20/06/2018 Mauricio Evandro Campos Costa

» [A evolução dos sistemas de resolução dos conflitos laborais e do número de ações distribuídas à Justiça Trabalhista: uma comparação entre o Brasil e o Japão](#)

20/06/2018 Fernanda de Freitas Leitão

» [A Mediação e o Provimento CNJ nº 67/2018](#)

20/06/2018 Bruna Meneses Torres

» [Diferença entre alienação parental e síndrome de alienação parental \(SAP\) e suas consequências para criança ou adolescente](#)

20/06/2018 Dheinifer Aparecida Oliveira da Silva

» [Alienação parental: efeitos da alienação](#)

20/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira

» [Direito animal versus direito cultural](#)

19/06/2018 Lesliê Fiais Mourad

» [Exclusão do PIS da COFINS de suas próprias bases de cálculo: \(in\)coerência](#)

[judicial e insegurança jurídica](#)

19/06/2018 Maurício Rossi

» [As diferenças e semelhanças entre os seguintes institutos do Direito Tributário: hipóteses de não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero](#)

19/06/2018 Polyanna da Silva

» [O uso da tornozeleira eletrônica como instrumento de melhoria ao sistema carcerário brasileiro](#)

19/06/2018 Morgana Nunes Tavares Gomes

» [A importância da colaboração premiada como mecanismo de combate ao crime organizado](#)

19/06/2018 Allexandre Benício Santos

» [Psicopatia e crime: a imputabilidade do Psicopata na Legislação Penal Brasileira](#)

19/06/2018 Sabrina França de Lucena

» [A responsabilidade civil em decorrência do assédio moral](#)

19/06/2018 Maria Divina Tavares Costa

» [As perspectivas da proteção às mulheres que laboram em empresas com locais insalubres após a reforma trabalhista](#)

19/06/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [Soluções jurisdicionais para a ineficácia do exercício dos direitos fundamentais no julgamento do mandado de injunção](#)

19/06/2018 Wagner Resende Moraes

» [Uma discussão acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador](#)

18/06/2018 Maurício Rossi

» [A relação entre o princípio da anterioridade e a revogação de isenção](#)

18/06/2018 Edson Sebastião de Almeida

» [Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar](#)

18/06/2018 Priscyla de Sousa Silva

» [Dano moral causado pelo bullying e a responsabilidade civil das escolas particulares](#)

18/06/2018 Reisson Ronsoni dos Reis

» [O processo administrativo disciplinar militar na brigada militar à luz da Constituição Federal de 1988 e de seus próprios princípios](#)

18/06/2018 Thaís Mônica de Sousa Campos

» [Os reflexos do reconhecimento da multiparentalidade no âmbito jurídico](#)

18/06/2018 Agnelson Angelis Alves Pereira Barbosa

» [Efeitos jurídicos da rescisão da promessa de compra e venda no âmbito imobiliário](#)

18/06/2018 Raphael Maycon Neves Marques Gomes

» [O pregão integrado à cultura administrativa do Estado e a revisão dos paradigmas governamentais](#)

18/06/2018 Daiany de Oliveira Severino Rodarte

» [A legalidade da submissão dos lojistas à fiscalização dos empreendedores de Shopping Centers](#)

18/06/2018 Rafaela de Oliveira França

» [A humanização na execução da pena](#)

18/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira

» [Evolução da proteção jurídica dos animais](#)

DITADURA DOS COMPUTADORES NAS RELAÇÕES FISCO-CONTRIBUINTE

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.

Na verdade os computadores não são ditadores, nem democratas. São neutros. Ditadores são os burocratas incrustados nas administrações tributárias e que não estão preparados para o exercício das funções públicas.

Confundem a todo instante o interesse privado do fisco de arrecadar tributos com o interesse público do Estado de promover essa arrecadação de conformidade com a lei de regência da matéria. Não há, nem pode haver interesse público em utilizar os modernos avanços tecnológicos na área da informática para torpedear os contribuintes, agentes produtores de riqueza que provêm as necessidades do poder público, inclusive, a remuneração dos tecno-burocratas.

Esses maus servidores, na realidade, concorrem para denegrir a imagem da administração tributária que vem assumindo feições de um Tiranossauro Rex, o maior e o mais temido predador da antiguidade que tudo destruía por onde passava.

A relação fisco-contribuinte deve ser orientada pela boa-fé, lealdade, moralidade, impessoalidade e legalidade, como determina a Lei nº 9.784/99. Mas, não é o que se vê no dia a dia.

É comum verificar nas intimações, por via eletrônica, a inserção de dados com datas atrasadas, ou em nome de pessoas que prestam serviços esporádicos à empresa, mas não habilitadas a atuar, nem a acompanhar o processo administrativo tributário, com o fito exclusivo de acarretar perda do prazo recursal. Por que não o fazem em nome do advogado que subscreve a impugnação administrativa? Afinal o art. 15 do CPC manda promover a aplicação subsidiária do CPC no âmbito do processo administrativo.

No âmbito municipal a ditadura do computador é bem pior.

O computador está programado para expedir guias de recolhimento do ITBI com o Valor Venal de Referência que chega, às vezes, a três vezes do Valor Venal para fins de IPTU, apesar de ter sido declarada pelo Órgão Especial do E. TJESP a inconstitucionalidade da Lei que ampara esse valor sacado do bolso de colete do burocrata que não tem a menor idéia do que seja lançamento. Por isso, ele não sabe que cabe à lei estabelecer os critérios objetivos para calcular o valor que servirá de base de cálculo do ITBI que nada tem a ver com o valor que o burocrata acha que deve ser. O tributo expressa sempre um valor certo e determinado sendo incompatível com a figura do "achismo". Resultado disso é que poucos estão obtendo a escritura aquisitiva de compra e venda, deixando para gerações de netos e bisnetos a regularização da propriedade adquirida. Daí a brusca queda nos serviços cartorários para o desânimo dos escreventes. O tecno-burocrata não tem a consciência de que ele é o responsável pelo travamento do desenvolvimento econômico e da queda de arrecadação do ITBI.

O computador também está programado para dar sumiço na expedição de nota fiscal eletrônica para os devedores do fisco municipal. Basta um simples "clique" no computador da Secretaria de Finanças por um burocrata anormal e a expedição de nota fiscal estará bloqueada. Isto é, quem deve não pode produzir para quitar a dívida. Parece coisa do outro mundo, mas não é.

Finalmente, os burocratas armaram uma arapuca eletrônica. A mensagem computadorizada dispara uma série de perguntas para

contribuintes cadastrados no regime de especial de tributação do ISS - SUP - para serem obrigatoriamente respondidas pelo destinatário.

Dependendo da resposta dada o "sistema" promove o desenquadramento automático do regime da SUP, sem, evidentemente, a observância do devido processo legal.

O contribuinte desenquadrado indevidamente é obrigado a recorrer ao Poder Judiciário que nem sempre acolhe o seu pedido de determinar o seu reenquadramento. E quando o faz, o faz tardiamente depois que o contribuinte já sofreu uma série de prejuízos econômicos. O fisco municipal simplesmente alega que foi o próprio contribuinte que se desenquadrou ao responder o questionário. Parece coisa de programador sádico; os contribuintes são orientados eletronicamente a percorrer os caminhos por meio de "cliques" e acabam colocando a corda no seu pescoço. Só falta programar a autoexecução na força!

Isso é uma pequena amostra do que vem acontecendo na área tributária, apesar do Estado Democrático de Direito proclamado na Carta Política que neste ano comemora 30 anos de vigência. O que é pior não há Judiciário para reprimir essas condutas ilícitas e imorais. A morosidade da atuação jurisdicional do Estado é uma fonte inesgotável das imaginações criativas dos tecno-burocratas incrustados na Administração Tributária das três esferas políticas para espalhar o clima de terror entre os contribuintes.

É assim que o Brasil se tornou um país com tributo mais caro do mundo para alimentar a maior corrupção do planeta!

A EFICÁCIA VINCULANTE DO ARTIGO 927 DO CPC E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

LEONARDO FERNANDES PINHEIRO: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

RESUMO: Esse artigo busca abordar a sistemática de precedentes inaugurada pelo art. 927 do Código de Processo Civil, com o fito de observar as alterações que imprimiu no ordenamento jurídico e os reflexos e o alcance dessa alteração no âmbito justralhista.

Palavras-chave: Teoria dos Precedentes. Precedentes Obrigatórios. Precedentes na Justiça do Trabalho. IN 39 do TST.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 COMMON LAW E CIVIL LAW. 3 TEORIA DO PRECEDENTE. 4 EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As duas grandes sistemáticas jurídicas mais comuns nas ordens legais ocidentais possuem relações diferenciadas entre a norma escrita e os precedentes judiciais.

O Brasil, historicamente afiliado ao sistema decorrente da tradição romano-germânica da civil law, não era adepto de precedentes obrigatórios, pelo que a força vinculante no ordenamento jurídico pátrio decorria da lei e a interpretação deste lei era decorrência da subsunção ao caso concreto.

No entanto, a força obrigatória das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, posteriormente, as súmulas vinculantes, deram início a uma progressiva alteração dessa perspectiva, oferecendo maior destaque à segurança jurídica e à estabilidade das decisões judiciais.

Não obstante, ainda dominava a noção de precedentes persuasivos, de natureza não obrigatória, sem que houvesse a possibilidade

de buscar a garantia de autoridade dessas decisões perante o Tribunal prolator fora das vias recursais.

Em mudança significativa, a sistemática dos precedentes obrigatórios foi inaugurada de forma mais clara a partir da outorga do Código de Processo Civil do ano de 2015, que no seu art. 926 destacou a importância da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência e no artigo seguinte – art. 927 – elencou as decisões que devem ser observadas por juízes e tribunais.

Esse trabalho tem o objetivo de analisar o impacto das mudanças trazidas pelo art. 927 do CPC ao aparentemente trazer ao ordenamento pátrio a obrigatoriedade dos precedentes previstos na legislação, bem como a sua aplicação na realidade do processo do trabalho, a luz da regulamentação e decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

2 COMMON LAW E CIVIL LAW

A variedade de manifestações do direito ao redor do mundo é expressiva, uma vez que, de acordo com a estrutura de cada sociedade, muda-se o teor das regras e os instrumentos jurídicos disponíveis para efetivá-las.

Considerando, no entanto, os elementos principais desses ordenamentos jurídicos, utilizados na interpretação e aplicação do direito, a diversidade é reduzida consideravelmente, o que possibilita o agrupamento dos direitos existentes em “famílias jurídicas”.

Consoante René David (2002, p. 23), atualmente, os principais grupos de direito são: a família romano-germânica (civil law), a família anglo-saxônica (common law) e a família dos direitos socialistas. Ao lado dessas grandes famílias, é possível ainda o agrupamento do direito muçulmano, hindu e judaico, o direito do Extremo Oriente e o direito da África negra e Madagascar.

A família romano-germânica engloba os direitos constituídos com fundamento no direito romano e foi formada graças aos esforços das

universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos.

Em razão de ter sido criado nas universidades latinas e germânicas, o sistema recebeu a denominação de sistema romano-germânico (civil law). O civil law concede papel de destaque às normas escritas e legisladas, defende a completude do direito codificado e, conseqüentemente, coloca em segundo plano as demais fontes do direito, como a jurisprudência e os costumes.

No sistema romano-germânico a ideia de previsibilidade do ordenamento jurídico é baseada no fundamento de que todas as situações devem estar previstas na lei. Essa ideia de completude do direito legislado tem como objetivo original a aplicação da lei de forma estrita pelo julgador. Diante da crença que o sistema de regras codificadas basta a si próprio, em geral, os precedentes como criadores do direito possuem caráter secundário.

De forma diversa ao common law, que teve origem nas universidades europeias, o common law foi criado pelos próprios juízes na resolução de determinados litígios, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça. Em razão dessa diferença histórica, a própria formação dos juristas no common law baseou-se na atividade prática.

Predomina, portanto, o direito casuístico, fundamentado nos precedentes judiciais. A obrigação de se recorrer às regras que já foram estabelecidas pelos juízes é denominada de stare decisis (técnica dos precedentes vinculantes).

Modernamente, observa-se a tendência de aproximação dos dois sistemas jurídicos, com a adoção de normas codificadas em países do common law e com a valorização dos precedentes nos países do civil law.

Como descreve Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p.183):

"a dicotomia entre as famílias jurídicas civil law/common law hoje não é tão nítida e radical como o foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes: o direito legislado vai num crescendo, nos países tradicionalmente ligados à regra do precedente judicial e, em sentido

inverso, é a jurisprudência que vai ganhando espaço nos países onde o primado recai na norma legal”

Com o Novo Código de Processo Civil, os precedentes judiciais passarão a ter maior destaque, aproximando-se o direito brasileiro ainda mais das técnicas utilizadas no sistema do common law, modificações essas que possuem nítidos reflexos no Direito do Trabalho, fatos que serão explorados nesse trabalho.

3 TEORIA DO PRECEDENTE

A chamada teoria do precedente tem origem no sistema da common law e traduz a cultura de argumentação em que o juiz, utilizando-se de princípios e regras, pacifica entendimento jurídico relacionado a um caso concreto.

Assim, trata-se de atividade criativa do julgador realizada em certa decisão, que, nas próximas, deve seguir certo padrão, ordem e uniformidade pautada na decisão anterior.

O precedente tem visão retrospectiva, já que incumbe ao julgador um olhar para trás. Conforme Neil Duxbury, citado por Lucas Buril de Macêdo (2015, p. 93), a função de decidir a partir de precedentes estaria, assim, ligada ao passado, eis que o fato de uma decisão ter sido dada em determinada matéria anteriormente é significativa para a solução do caso presente.

Ademais, também deve ser visto sob o aspecto prospectivo, já que no momento da prolação da decisão, especialmente as Cortes Superiores, devem ter a dimensão de que seus julgados serão observados no futuro. Essa perspectiva ganha relevância no direito brasileiro, já que, a definição da decisão que servirá como precedente decorre do próprio criador da decisão e não simplesmente daqueles que a analisam no futuro.

Daniel Amorim Assumpção (2017, p. 1390) diferencia precedente de jurisprudência afirmando que o primeiro é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido, enquanto a jurisprudência é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais. A jurisprudência pode ser formada de precedentes e meras decisões.

Importa destacar, nesse sentido, que nem toda decisão, ainda que proferida por um tribunal, é um precedente. Uma decisão que não

transcorrer o caso concreto nunca será utilizada como razão decidir de outro julgamento. Decisão que se vale de um precedente para decidir também não pode ser considerada precedente. Por fim, as decisões que se limitam à aplicação da letra de lei também não possuem potencial para serem consideradas precedentes.

Ensina Marinoni (2010, p. 215) que inexistente confusão entre precedente e decisão judicial:

“só havendo falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito, e não de matéria de fato... De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente; (...) um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.”

Diferente do que se observa no direito anglo-saxão, no sistema adotado pelo CPC atual o precedente é de natureza objetiva, e já nasce predestinado a possuir efeitos vinculantes.

Na *common law* o julgamento só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. No Brasil o CPC de 2015 adotou técnica diversa, prevendo expressamente quais são os julgamentos que serão considerados precedentes. A essa técnica convencionou-se chamar de “precedente doloso”, nomenclatura dada por Alexandre Freitas Câmara aos julgamentos já predestinados a ser precedente.

Os precedentes dolosos e vinculantes estão previstos no art. 927 do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não se pode afirmar, no entanto, que todo precedente possui efeito vinculante (binding precedents), já que continuam a existir no sistema processual brasileiro julgamentos proferidos em processo subjetivo que não decidem casos repetitivos e nem o incidente de assunção de competência, mas que poderão servir como fundamento de decidir de outros julgamentos supervenientes. Tais precedentes persuasivos (persuasive precedents) se tornam precedentes após serem utilizados como fundamentação, enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, nos termos do art. 927 supratranscrito (NEVES, 2017, p. 1405).

Já existe doutrina a apontar a inconstitucionalidade das normas que criam uma eficácia vinculante dos precedentes sem previsão na Constituição Federal, uma vez que a própria reserva tal efeito apenas às súmulas vinculantes e aos julgamentos originados no controle concentrado. Estaria invadida, em consequência, a seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas.

Em sentido contrário, o entendimento que defende a novidade legislativa argui que o Poder Judiciário não cria norma jurídica nesses casos, não devendo-se confundir a atividade de dar um sentido unívoco a norma que foi criada pela via legislativa com a tarefa de criação de norma. Do contrário, também seria legislar as criações de súmulas vinculantes.

Buscando adequar as disposições do art. 927 ao Processo do Trabalho, a Instrução Normativa 39 do TST, em seu art. 15, trouxe detalhamentos da aplicação dos precedentes obrigatórios:

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (ratio decidendi);

III - não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI - é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Denota-se com facilidade da leitura que a Instrução Normativa adotou inequivocamente a eficácia obrigatória das precedentes mencionados no inciso I do art. 15º, bem como deixou clara a inclusão das decisões do plenário, de órgão especializado e de seção especializada competente para uniformizar da jurisprudência.

4 EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

Como já exposto, precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER Jr., 2013, p. 43).

Tradicionalmente, o Brasil segue o sistema do civil law, o qual prestigia a preponderância da lei, sem olvidar a reserva de espaço para os precedentes judiciais. Conforme leciona Elpidio Donizetti (2013):

“(…) a diferença é que no Civil Law, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante”.

Tal tradição, no entanto, foi modificada a partir do art. 927 do CPC. Muita embora exista controvérsia quanto à obrigatoriedade dos precedentes estabelecidos pelo art. 927 do CPC, permanecendo doutrina minoritária com o entendimento que o dispositivo cria somente um dever de levar em consideração os elementos ali citados em suas decisões, prevalece o entendimento que o artigo imprime obrigatoriedade.

Nesse sentido, o enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

Por serem vinculantes, as decisões que não contenham manifestação sobre referidos precedentes obrigatórios provocam decisões com erro de julgamento ou de procedimento, sendo consideradas inclusive omissas, nos termos do art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC: *“Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento”*.

Passando a analisar a vinculação de cada previsão no art. 927, sobre o efeito vinculantes das súmulas, Daniel Amorim Assumpção (2017, p. 1398) aponta que passarão a haver súmulas propriamente vinculantes (CF) e súmulas com eficácia vinculante (CPC), sem diferença prática entre as duas na maioria dos casos.

As súmulas tratam da concretização da jurisprudência do tribunal, devendo observar a ratio decidendi dos precedentes, tornando difícil afastar a obrigatoriedade de sua observância pelos termos do próprio art. 927 (na súmula, a Corte realiza o resumo da jurisprudência dominante - precedentes reiterados -, nada mais fazendo do que definir objetivamente a ratio decidendi para os casos futuros).

No entanto, as súmulas com efeito vinculante podem tomar como base precedentes não vinculantes. Nesse caso, ainda que não vinculantes, os precedentes deverão ser considerados em seus fundamentos determinantes (ratio decidendi) para a fixação do objeto da

vinculação obrigatória – eficácia vinculante indireta de precedentes persuasivos.

De fato, em pesquisa realizada pela UFMG (MIESSA, 2016), na qual se investigou empiricamente a prática de se seguirem precedentes judiciais e súmulas no direito brasileiro, constatou-se que, em alguns casos, a edição das súmulas do STF e do STJ, vinculantes ou não, não levaram em conta decisões reiteradas.

O CPC, na tentativa de evitar o distanciamento das súmulas em relação ao contexto em que se originaram, passou a estabelecer que *“ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”* (art. 926, § 2º).

Portanto, incumbe aos tribunais uma nova postura na criação das súmulas, não podendo ignorar os fatos que levaram à sua edição. Do mesmo modo, na interpretação da súmula, incumbe ao intérprete partir dos precedentes que lhe deram ensejo, não podendo, pois, desvincular-se desse elemento histórico

Ainda quanto ao poder vinculante das súmulas, ainda, é interessante notar que, conforme o art. 927, IV, do CPC, se o STJ sumular matéria infraconstitucional o STF está vinculado a este entendimento.

Importa destacar que as súmulas vinculantes previstas na CF permanecem sendo a únicas que permitem o cabimento da reclamação constitucional e a vinculação da Administração Pública, como se verá posteriormente.

Quanto ao inciso I do art. 927, entende-se que vai além do já referido art. 102, §2º, da CF, pois consagra a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão (ratio decidendi) - “os fundamentos determinantes do julgamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais (Enunciado 168 do FPPC)”. A afirmação consigna a teoria da “transcendência dos motivos determinantes”, que vinha sendo aplicada no STF, mas atualmente não encontra mais aplicação no Tribunal. Espera-se mudança na posição, de acordo com o CPC.

Vale mencionar que, após rejeição constante da teoria da transcendência dos motivos determinantes, em decisão datada de 29/11/2017 (Informativo 886 do STF), o Plenário do STF conferiu efeito

vinculante a uma declaração de inconstitucionalidade incidental em controle concentrado ao considerar parte de lei não impugnada, mencionada na fundamentação, como inconstitucional, enquanto em questão principal considerou a lei impugnada constitucional (matéria: lei estadual do Rio de Janeiro que proibia a extração de amianto). No caso, ainda, o STF seguiu antigo entendimento do Ministro Gilmar Mendes de que tal declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, tem efeito vinculante e erga omnes, restando ao Senado Federal (art. 52, X, da CF) apenas o papel de publicidade.

Não se deu, portanto, abstrativização do controle difuso, mas sim a transcendência dos fundamentos adotados em controle concentrado. O termo, no entanto, não foi expressamente utilizado no julgamento.

Atente-se para o fato de que não se deve confundir efeito obrigatório do precedente com o efeito vinculante decorrente da coisa julgada erga omnes.

O efeito vinculante das ações de controle de constitucionalidade alcança todos os órgãos jurisdicionais do País e, ainda, a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Nesse caso, o Poder Público, em razão de expressa disposição legal, vincula-se ao dispositivo da decisão do controle concentrado, que reconhece ou não a constitucionalidade de determinada norma. Portanto, o efeito vinculante decorre do dispositivo, enquanto o efeito obrigatório do precedente deriva da ratio decidendi.

O inciso V do art. 927 permite entender que também em sede de controle difuso os motivos determinantes poderiam ter efeito vinculante, já que o termo “orientação” só pode significar decisão (órgão jurisdicional não tem natureza consultiva).

Em verdade, esse inciso cria uma hipótese de cláusula de abertura para contemplar a obrigatoriedade de diversas orientações firmadas no plenário ou órgão fracionário, que pode decorrer de uma decisão ou decisões reiteradas.

A Instrução Normativa 39, regulando a matéria, inclui dentre os precedentes obrigatórios as teses jurídicas prevalentes em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, bem como as decisões do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para

uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

Élisson Miessa (2016) defende que nesse inciso se inserem as súmulas dos tribunais regionais, as quais obrigam o próprio tribunal e os juízes a ele vinculados.

Nesse caminho, o enunciado 167 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas.

Ainda sob o rol do art. 927 do CPC pairam diversas dívidas, decorrentes das inovações que trazem à sistemática processual.

A primeira consiste em definir a natureza do rol do art. 927 do CPC. Parte da doutrina entende que se trata de rol meramente exemplificativo, admitindo inclusive a obrigatoriedade das decisões de turmas ou seções dos tribunais superiores, com fulcro no art. 926 do CPC – estabilidade da jurisprudência.

Há quem pense de forma diversa. Embora o art. 926 absorva a teoria dos precedentes, impondo que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, bem como o art. 927, V, crie uma norma mais aberta, pensamos que o rol é taxativo, não se permitindo a existência de precedentes obrigatórios decorrentes de decisões de turmas, seções e muito menos decisões monocráticas e sentenças. Esse entendimento observa que o legislador pátrio não importou, genuinamente, os precedentes da *common law*, fazendo as adaptações necessárias para que a teoria pudesse se enquadrar no nosso ordenamento.

Também subsiste muita dúvida quanto aos efeitos dessas disposições legais em relação às decisões anteriores à vigência do CPC, mormente pela existência de súmulas e decisões contraditórias, entendendo Daniel Assumpção que seria mais prático prestigiar a segurança jurídica, atribuindo eficácia *ex nunc* às disposições, ou seja, somente as súmulas editadas e os precedentes formados na vigência do CPC devem ter eficácia vinculante.

O TST tem caminhado no mesmo sentido, considerando como jurisprudência persuasiva os julgados proferidos antes do CPC de 2015, e, a partir daí, constituirá precedente obrigatório a decisão que enfrente todos

os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.

Ainda sobre a vinculação dos efeitos, as decisões proferidas em controle concentrado e as súmulas vinculantes são impugnáveis por reclamação, bem como as decisões em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (*art. 988, CPC - Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência*). Os demais decisões que geram precedentes, no entanto, não gozam da mesma proteção, sendo necessária a via recursal.

Em decorrência de divergência no método de impugnação, no segundo caso – não cabimento da reclamação - observa-se no plano prático uma eficácia apenas persuasiva, pois a decisão é recorrida da mesma forma que qualquer outra.

Quanto ao precedente formado no julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o mesmo art. 988, no seu §5º, prevê que é inadmissível a reclamação antes do esgotamento das instâncias ordinárias: "*II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias*".

É mais um caso de vinculação limitada do precedente, que existe o exaurimento das instâncias ordinárias para a utilização de reclamação. O legislador, no caso, prestigiou o entendimento de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal.

Contudo, destaca-se que a teoria dos precedentes não impõe a existência de um mecanismo específico para fazer valer sua obrigatoriedade. Isso porque a não aplicação do precedente, quando era o caso de aplicá-lo, provocará um julgamento com *error in iudicando* ou *error in procedendo*, possibilitando sua anulação ou modificação em grau recursal.

Como o CPC não restringe os tribunais passíveis de reclamação, prevalece o entendimento que a reclamação será permitida na Justiça Trabalhista, para a garantia da observância decisões proferidas em julgamento de casos repetitivos e em incidência de assunção de competência, entre outras, como forma de garantir as decisões do tribunal, conforme dispõe o inciso II do artigo 988 (observar que é a regra expressa, quanto ao TST, pelo art. 111-A, §3º, da CF com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 92/2016: *§ 3º Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.*)

Vale fazer menção ao entendimento do ministro Walmir Oliveira da Costa sobre a aplicação da reclamação:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A COBRANÇA DE PRECATÓRIO PROFERIDO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. I - Na hipótese, a petição inicial da Reclamação foi liminarmente indeferida, por manifestamente incabível a medida eleita. II - O instituto da Reclamação possui natureza jurídica de ação de competência originária dos tribunais, cabível para preservar sua competência, garantir a autoridade de suas decisões e observância de precedente oriundo de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, na forma do art. 988, I a IV, do CPC de 2015, sendo aplicável ao Processo do Trabalho nos termos do art. 3º, XXVII, da Instrução Normativa nº 39 desta Corte. III - Admite-se, ainda, de acordo com o CPC de 2015, Reclamação contra decisão que não observe precedente oriundo de julgamento de recurso especial (ou recurso de revista) repetitivo. IV - Conforme abalizada doutrina, "não se devem confundir 'precedente' e 'jurisprudência'. Das

decisões proferidas no passado não se extraem, necessariamente, precedentes que influenciarão no julgamento de casos futuros. Precedente não é igual a jurisprudência, nem a Súmula (art. 489, § 1º, V e VI, do CPC de 2015). Do art. 988, IV, do CPC de 2015, extrai-se que o precedente está na decisão, isto é, o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo. Nem toda decisão judicial é um precedente”. V – Em tal contexto, o acórdão do Órgão Especial deste Tribunal, indicado pela autora, não configura precedente obrigatório, tampouco é oriundo de decisão em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, sendo proferido em procedimento administrativo de precatório, portanto sem índole judicial, sob a égide da legislação anterior às alterações promovidas pela Lei nº 13.015/14 e ao CPC de 2015. Constitui, a rigor, jurisprudência persuasiva, não vinculante, portanto. Agravo regimental a que se nega provimento. PROCESSO Nº TST-AgR-Rcl-6852-59.2016.5.00.0000

Importa destacar que em tal julgamento o ministro deixou claro seu entendimento de que não é admitida a reclamação quando não esgotadas as instâncias ordinárias, com base no já citado art. 988, §5º, II, do CPC e na linha de jurisprudência do STJ, mormente na hipótese em que a parte já se utilizou do recurso cabível, não julgado. Infere-se do julgado, ainda, que para o julgador o acórdão de Órgão Especial que limita-se a seguir julgados, sem analisar os principais argumentos pertinentes à questão de direito não constitui precedente obrigatório a que se refere o inciso V do art. 927 do CPC.

Ademais, o Órgão Especial do TST (TST) não tem admitido reclamações contra decisões que não seguirem súmula ou orientação jurisprudencial. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), advogados trabalhistas tentaram argumentar que a jurisprudência deveria ser adotada pelas demais instâncias e decisões contrárias

reformadas diretamente no TST, sem que tenham que seguir todo o percurso previsto para os recursos.

Os pedidos têm sido fundamentados no inciso V do artigo 927 do CPC e também no inciso I e II do artigo 988, que dispõe que caberá reclamação da parte interessada para preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das decisões.

Para os ministros, a medida seria cabível apenas para decisões em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência (que envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos), ou ainda quando há desrespeito à decisão em outro processo do qual o reclamante figurou como parte.

O ministro João Oreste Dalazen, nessas oportunidades, já expôs o entendimento que súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho não ostentam eficácia coercitiva, sendo tão-somente persuasiva. Tratar-se-iam apenas de entendimentos reiterados, formado por meio do exame de situações pretéritas e semelhantes, não se enquadrando no conceito de decisão.

Acerca da necessidade de encerramento das instâncias ordinárias, Dalazen já deixou claro (Reclamação [1595119.2017.5.00.0000](#)) que:

“A teor do que expressamente dispõe o § 5º do artigo 988 do [CPC/2015](#), aplicável, por analogia, ao julgamento de incidente de recurso de revista e de embargos repetitivo, é inadmissível Reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”

Cuida-se, por conseguinte, de decisão, em tese, passível de reforma mediante a interposição de recurso próprio perante o Tribunal Superior do Trabalho. Não desafia, assim, ao menos de momento, o manejo de Reclamação Constitucional.

De sorte que, no caso, não esgotadas as instâncias recursais trabalhistas, afigura-se-me inadmissível a presente Reclamação, à luz do artigo [988, § 5º](#), do [CPC de 2015](#)".

Tais decisões, demonstram, portanto, como o Tribunal Superior do Trabalho tem tratado a reclamação constitucional em face dos precedentes judiciais.

5 CONCLUSÃO

Diante desse estudo, pôde-se observar que a jurisprudência e doutrina tendem a concordar com a mudança de paradigma ocorrida no sistema brasileiro, que passa a equilibrar a força cogente da legislação com a existência de precedentes com força vinculante.

Há uma quebra, portanto, da tradição histórica, e uma evolução da sistemática jurídica para buscar a uniformidade da jurisprudência, bem como sua estabilidade, integridade e coerência.

O processo do trabalho também deverá adequar-se à norma processual civilista, tendo em vista que a ele é aplicável, conforme já entendeu o Tribunal Superior do Trabalho na Instrução Normativa nº 39.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho fez mais do que prever a incidência do 927 do CPC na Justiça do Trabalho; adaptou a legislação civilista às necessidades do direito laboral, mormente as previsões abertas que poderiam causar dúvidas na aplicação pelos juízes e tribunais trabalhistas.

Ademais, as decisões do TST têm norteado, e continuarão a nortear, o real alcance da sistemática dos precedentes vinculantes na dinâmica trabalhista, bem como o cabimento dos instrumentos que garantem a autoridade das decisões judiciais que devem ser obrigatoriamente observadas.

Busca-se, com tudo isso, a concordância harmônica de influências de duas famílias jurídicas, valorizando-se tanto a primazia da legalidade quanto a segurança jurídica que deve basilar a aplicação e interpretação do direito.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, Salvador: JusPODIVM, p. 43.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em . Acesso em 05.06.2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. **Novo curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, volume 11. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MIESSA, Élisson. **Nova realidade: Teoria dos precedentes judiciais e sua incidência no Processo do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 03.06.2018

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INFANTIL: PORTA PARA A INSERÇÃO NA CRIMINALIDADE

ANDREIA CRISTINA GOMES MACHADO:

Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo (FASEC). Palmas - TO.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo fora desenvolvido tendo como objetivo primordial a análise da violência doméstica, em suas distintas modalidades e a forma que este quadro pode influenciar para que a vítima adentre o mundo do crime, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada no desenvolvimento teórico do estudo em tela fora a pesquisa bibliográfica, a partir do estudo de artigos e textos com doutrina voltada para o tema, tendo como base axiológica a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outros documentos legais pertinentes para maior profundidade do estudo do tema proposto. O balanço acerca da violência infantil ocorrida no âmbito familiar evidencia que os institutos legais ainda necessitam evoluir no plano fático de aplicabilidade, para que haja a efetiva tutela das crianças e adolescentes e estes possam ver seus direitos assegurados pelo Estado, pela família e pela sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica infantil; Estatuto da Criança e do Adolescente; Criminalidade.

ABSTRACT: The present study was developed with the primary objective of analyzing domestic violence, in its different modalities and the way that this framework can influence the victim to enter the world of crime, under the perspective of the Brazilian legal system. The methodology used in the theoretical development of the study on screen was the bibliographical research, based on the study of articles and texts with doctrine focused on the theme, having as axiological the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent, as well as other relevant legal documents for further study of the proposed theme. The balance of child

violence in the family context shows that legal institutes still need to evolve in the factual plan of applicability, so that there is effective protection of children and adolescents and they can see their rights guaranteed by the State, the family and society as one all.

KEYWORDS: Domestic violence; Child and Adolescent Statute; Crime.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INÍCIO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL ATÉ OS DIAS DE HOJE. 3. TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INFANTIL. 3.1. VIOLÊNCIA FÍSICA. 3.2. VIOLÊNCIA SEXUAL. 3.3. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA. 3.4. VIOLÊNCIA NEGLIGÊNICAL. 4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO. 5. O AGRESSOR. 6. O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE CONTRA A VIOLÊNCIA. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

As estruturas familiares atuais são resultantes de evolução histórica, influenciadas diretamente por questões culturais, sociais, políticas, econômicas e até demográficas. Apesar das características específicas de cada época, em todas as sociedades familiares ocorreram casos de violência contra crianças e adolescentes.

A violência doméstica infantil é um fenômeno que se faz presentes em todas as famílias, independentemente de nacionalidade, classe social, cor, raça ou fatores socioeconômicos. No polo ativo desta triste realidade social, figuram os pais, familiares e responsáveis, pessoas que deveriam garantir a segurança e o bem-estar, mas que são os principais agressores desta modalidade de violência.

O presente estudo tem por objeto a análise da violência doméstica infanto-juvenil e sua relação com o aumento da criminalidade. O interesse em desenvolver um estudo com base no tema proposto surgiu através da percepção de ser esta modalidade de violência muito comum, porém de difícil identificação e, conseqüentemente, pouco punida. Observa-se que a relação de subordinação entre o agressor e a vítima colabora para que

terceiros e autoridades não tenham ciência das agressões, corroborando para um cenário onde a vítima se sente inferior, incapaz e abandonada.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha dispositivos voltados para a proteção dos menores de 18 anos, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ainda não existem medidas de combate eficazes, sendo a violência doméstica infantil uma situação recorrente no dia a dia de várias crianças e jovens.

O presente estudo se propõe ainda a analisar as consequências da violência doméstica familiar nas crianças e adolescentes, indicando como este pode ser um fator determinante para o futuro da vítima.

Nota-se, então, que apesar de ser esta modalidade de violência algo comum e de conhecimento de toda a sociedade, é preciso que receba um olhar mais crítico da ciência jurídica e da sociedade, tanto por sua demasiada importância social, quanto para que os juristas exerçam sua função perante a sociedade, através da busca pela efetividade das leis e da finalidade dos poderes da administração pública.

2. O INICIO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL ATÉ OS DIAS DE HOJE

A evolução histórica da sociedade familiar brasileira mostra evidente distinção em relação às famílias europeias e norte-americanas, principalmente quanto à valorização da criança e sua função perante a família e a sociedade de forma geral. Quando os primeiros colonizadores chegaram ao Brasil, depararam-se com uma população nativa que apresentava costumes completamente distintos daqueles vistos na Europa. Os jesuítas foram os responsáveis por introduzir na cultura familiar os castigos físicos e psicológicos como métodos de disciplinar e educar as crianças (MENARDI, 2010).

Desde o Código Penal de 1890 é possível vislumbrar que o ordenamento jurídico preocupava-se com os casos de violência doméstica infantil, buscando meios de erradicar ou minimizar o costume de utilizar-se de castigos como metodologia de ensino e disciplina. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu artigo 227 que crianças e adolescentes constituem um grupo social que tem direitos específicos e precisam de

tutela especial, fornecida pelo Estado e pela família (IANDOLI e PIMENTEL, 2018)

Em 1990 fora sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma lei federal com 267 artigos, voltada a tutelar os direitos e garantias dos menores de 18 anos, especificando quais são os direitos a qual o artigo 227 da CFRB/88 se refere, bem como define ainda de quem é a competência para aplica-los, garanti-los e o procedimento a ser percorrido. Destarte, o ECA é utilizado como vetor axiológico para qualquer debate envolvendo medidas, intervenções e direitos de crianças e adolescentes (IANDOLI e PIMENTEL, 2018)

A entrada em vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente é notoriamente um marco na história dos direitos humanos na seara infantil e infanto-juvenil, entretanto, é necessário que as medidas estabelecidas sejam de fato cumpridas, para que haja efetividade quanto à sua finalidade e o documento legal não seja apenas mais uma mera carta de intenções do sistema jurídico brasileiro.

Ao se fazer breve análise acerca dos casos de violência infantil desde os primeiros casos relatados, não restam dúvidas de que houve grande evolução no combate à este tipo de violência, através das medidas estabelecidas pela legislação brasileira, principalmente pela conscientização da população acerca da importância de denunciar os casos de violência, para que as autoridades competentes possam tomar ciência dos fatos e tomar as medidas cabíveis de acordo com cada caso concreto.

Apesar da evolução social e legislativa na tentativa de minimizar os casos de violência infantil, ainda são inúmeras ocorrências de violências envolvendo crianças e adolescentes, cada vez mais cruéis e desumanas. Estas situações mostram que se faz necessário que a sociedade e as autoridades empenhem-se em buscar meios preventivos e punitivos para um combate eficaz destes casos de barbárie.

3. TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INFANTIL

Quando o assunto “violência” é colocado em pauta, inconscientemente pensa-se em agressões físicas. Entretanto, o conceito de violência é mais amplo e abrange inúmeras formas de se atingir outro indivíduo. O conceito de violência estabelecido pelo dicionário Aurélio^[2] diz que violência é todo ato capaz de causar constrangimento

físico ou moral. A partir do conceito trazido pelo dicionário, torna-se possível afirmar então que a violência abrange também situações que agridam o psicológico e a moral.

A violência doméstica é um quadro complexo por não ser fácil definir suas causas e uma definição específica. Apesar da conceituação dificultosa, as consequências são facilmente identificadas e de caráter devastador na vida das vítimas.

A violência pode ser praticada através de ação ou omissão que seja capaz de causar danos físicos e psicológicos às vítimas, e pode ser praticada não só por pais biológicos, mas por todos os responsáveis legais e parentes da criança ou adolescente. A violência causada por ações é chamada de violência ativa, enquanto a que deriva de omissões é chamada de violência passiva. Ao contrário da ideia difundida pelo senso comum, a violência doméstica não é influenciada diretamente por desigualdades sociais, estando presente em todas as classes sociais, sem fatores de distinção (FREITAS, J.; LIMA, K., 2018)

A respeito das formas de violência das quais os menores de 18 anos devem ser protegidos, o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Nota-se que existem inúmeras espécies de violência, como a física, sexual, psicológica e a negligencial. É preciso então aprofundar os conhecimentos acerca de cada uma destas espécies, para saber identificá-las quando estiver diante de uma situação ou circunstância que indique violência.

3.1. Violência Física

A violência Física é uma das modalidades mais comuns dentro da seara doméstica. A respeito deste tipo de agressão, Deslandes aduz que:

Qualquer ação, única ou repetida, não acidental (ou intencional), cometida por um agente agressor adulto (ou mais velho que a criança ou o adolescente), que lhes provoque dano físico. O dano provocado pelo ato abusivo pode variar de lesão à consequências como a morte (2009, p. 94).

É possível perceber, então, que a violência caracteriza-se pela vontade do agressor, ou seja, quando há utilização deliberada da força física ou abuso do poder de autoridade em relação à vítima, de modo a lhe causar sofrimento físico. Infelizmente ainda está enraizado na cultura social a ideia de valorização da cultura do castigo físico como método para disciplinar e educar crianças.

Ainda a respeito do tema, Florio define a violência física como dano físico não acidental provocado pelos atos de omissões dos pais ou responsáveis que quebram os padrões de cuidados com a criança determinados pela sociedade (2001, p.17).

3.2. Violência Sexual

A violência sexual não se concretiza apenas com o coito consumado, uma vez que toques, carícias e exhibições também são formas de se violentar sexualmente uma criança ou um jovem. Neste sentido, tem-se que a violência sexual:

Consiste em todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual cujo agressor está em estágio de desenvolvimento psicosssexual mais adiantado que a criança ou o adolescente. Tem por intenção estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter satisfação sexual. Apresenta-se sob forma de práticas eróticas e sexuais impostas à criança ou ao adolescente pela violência física, ameaças ou indução de sua vontade.[...] (Brasil,2012).

Ao se analisar os casos de violência sexual, é possível auferir uma realidade preocupante: o agressor quase sempre é alguém da família ou

muito próximo desta. A violência sexual por si já se mostra como algo repugnante, porém, quando praticada por aqueles que tem o dever moral, legal e até mesmo sentimental de cuidar, há um peso ainda maior.

De acordo com Farinatti, Bianzus e Leite, “o abuso sexual corresponde aproximadamente 10% do total da violência praticada contra crianças e adolescentes”(1993, p.244).

A violência sexual que acontece dentro do lar importa numa distorção dos valores fundamentais da família, este fator se desenvolve de forma não aparente, dando surgimento a um tipo de agressão crônica, silenciosa, que culmina em sequelas físicas e mentais permanentes.

3.3. Violência Psicológica

A violência psicológica é comumente associada a outros tipos de violência, que acabam por gerar também traumas psicológicos. Em comparação às outras modalidades de violência, há um maior grau de dificuldade em identificar este tipo, uma vez que não deixa rastros visíveis.

O CRAMI – CAMPINAS, classifica a violência psicológica como sendo “(...) conjunto de atitudes, palavras e ações dirigidas para envergonhar, censurar e pressionar a criança de forma permanente. Ameaças, humilhações, gritos, injúrias, privação de amor, rejeição, etc”.^[3]Nota-se, então, que várias atitudes podem ser caracterizadas como forma de agressão psicológica.

Toda e qualquer interferência negativa de algum adulto sobre a criança ou adolescente, vindo de um padrão de comportamento que apresente traços destrutivos ou vexatórios mostra-se como uma forma de agredir fisicamente.

3.4. Violência Negligencial

A violência negligencial ocorre quando os pais ou responsáveis pelo menor deixam de exercer suas funções de garantidores, privando-a de itens essenciais para seu desenvolvimento saudável. Para tanto, podemos afirmar que

“[...]A negligência significa a omissão de cuidados básicos como privação de medicamentos; a falta de atendimento aos cuidados necessários com a saúde; a ausência de proteção contra inclemências do meio como frio e calor, o não provimento de estímulos e condições para a frequência á escola”. (Brasil 2012)

A violência negligencial é uma das formas mais comuns e que pode causar danos até mesmo físicos. Não são raros, por exemplo, casos de crianças que apesar de aparentemente estarem em ambientes bem estruturados, apresentam sinais de desnutrição infantil, tampouco os casos de crianças que foram a óbito por situações que poderiam ter sido evitadas com o devido cuidado e cautela.

4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

O caráter e personalidade do indivíduo são formados enquanto este ainda é criança, por isso a infância mostra-se como uma fase de extrema importância para a formação pessoal de cada ser. (BISSOLI, 2014).

É evidente que quando a criança desenvolve-se em um ambiente harmônico, com a preocupação familiar em desenvolver e estimular princípios e valores que contribuam para a edificação de uma personalidade com traços de empatia, proatividade, facilidade de convivência em grupo e na sociedade em geral, há maior probabilidade de se tornar um adulto com sucesso pessoal e profissional.

Em contrapartida, quando a criança cresce em um ambiente hostil, violento e sem instruções a respeito de valores morais e princípios basilares para a formação de um caráter voltando a idoneidade moral, a soma destes fatores corrobora para que este indivíduo torne-se um adulto com traços de violência, rebeldia, dificuldade de convivência social e de relacionamentos interpessoais. (ISHIKAWA, 2015).

A análise a respeito das consequências da violência doméstica evidencia que não existem um padrão fixo de comportamento, visto que

cada indivíduo é singular, único e com suas particularidades, ou seja, os fatores analisados não são constantes, mas totalmente subjetivos.

As consequências da violência doméstica só podem ser analisadas caso a caso, porém, é inegável que existe um padrão de comportamento, evidenciando que muitas vezes os traços agressivos são características passadas através de uma hereditariedade cultural.

Em uma análise da personalidade, pode-se afirmar que os principais traços nas vítimas de violência infanto-juvenil são: sentimentos de raiva e medo, quadro de dificuldades no âmbito escolar, problemas de interação social e dificuldade em estabelecer uma relação de confiança com terceiros. Em parte dos casos, observa-se também que a inserção na delinquência é comum.

5. O AGRESSOR

Conforme já mencionado anteriormente, a violência infantil é um fenômeno de difícil combate por estar enraizada na cultura da sociedade brasileira como sendo parte de uma metodologia de ensino eficaz. Destarte, é comum que muitos pais e responsáveis utilizem-se de castigos físicos como forma de repressão a atitudes negativas das crianças. Entretanto, existem casos de agressões com altíssimo grau de violência, provocando lesões corporais na vítima.

Em 2010, a Universidade de Brasília (UnB) realizou um estudo para analisar os casos de violência infantil e fora constatado que as mães são as mais responsáveis pelas agressões. Para que haja efetiva melhora neste quadro, é necessário que a criança seja amparada e receba os devidos cuidados, sendo essencial também que a mãe também receba tratamento e instruções, para que possa cuidar de seu filho com o carinho e o afeto necessários (DUTRA, 2014)

A partir da informação apresentada pela pesquisa feita pela UnB, de que as mães são as agressoras na maioria dos casos de violência infantil, é preciso compreender que a cultura social de que a mãe é a principal responsável pela criança, dedicando seu tempo quase de forma integral, corrobora para que os casos de violência cresçam, principalmente quando

se analisa que esta mãe desempenha muitas vezes o papel de dona de casa, trabalha fora e tem ainda inúmeras outras funções e atribuições, que geram uma situação de estresse.

Evidentemente que o acúmulo de atribuições e a estafa causada pelo cotidiano são fatores que influenciam no comportamento agressivo, porém não justificam a conduta violenta. A análise a respeito deste quadro evidencia que a cultura da sociedade deve evoluir em inúmeros aspectos, para que se atinja um patamar de compreensão do outro enquanto um indivíduo com fraquezas, qualidades e merecedor de respeito.

Outro motivo é a violência como fator hereditário. Há muitos casos em que o agressor fora vítima de violência quando criança ou adolescente, e por ter a conduta como não reprovável, acaba repetindo as mesmas agressões sofridas. Neste sentido, Miller (1990, pag. 61):

[...] os jornais estão constantemente nos dizendo que tem sido provado estatisticamente que a maioria das pessoas que perpetra violência física contra seus filhos, foram elas mesmas vítimas desta violência em sua própria infância. Esta informação não é totalmente correta: não deveria ser a maioria, mas todas. Qualquer pessoa que perpetra a violência contra seu filho, foi ela mesma severamente traumatizada em sua infância de alguma forma. Esta afirmativa se aplica, sem exceção, uma vez que é absolutamente impossível que uma pessoa educada num ambiente de honestidade, de respeito e de afeto venha a atormentar um ser mais fraco de tal forma que lhe inflija um dano permanente. Ela aprendeu bem cedo que é correto e adequado dar às crianças proteção e orientação porque são pequenas e indefesas, sendo que este conhecimento armazenado em estágio precoce em sua mente e em seu corpo permanecerá efetivo para o resto da sua vida.

Nota-se então que há uma afirmação da violência como uma característica comum, a partir da premissa de que se o agressor, que sofreu essa violência na infância, tornou-se um adulto com princípios e valores, segundo seus conceitos, é normal praticá-la com seus filhos e responsáveis.

6. O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE CONTRA A VIOLÊNCIA

Com o passar dos anos as crianças e adolescentes passaram a ter suas funções sociais esclarecidas, não sendo apenas um mero objeto para compor a estrutura social. Ao se enxergar esse grupo social como indivíduos de direitos, tornou-se necessário buscar metodologias para tutelar seus direitos e deveres.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no artigo 227 que crianças e adolescentes fazem parte de um grupo social que possui direitos especiais, abriu precedentes para que fosse elaborado um documento que tratasse de tais direitos de forma específica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado em 1990, traz em seus 267 artigos a ideia de uma doutrina de proteção integral, ou seja, de que crianças e adolescentes são responsabilidade tanto da família quanto da sociedade e do Estado.

Faz-se mister salientar que o ECA preocupou-se em estabelecer de forma clara quem são os sujeitos protegidos pelo Estatuto. Compreende-se como criança as pessoas com menos de 12 (doze) anos de idade, enquanto os adolescentes são as pessoas de 12 (dozes) anos até os 18 (dezoito) anos (IANDOLI e PIMENTEL, 2018).

Não há dúvidas quanto ao caráter protecionista do ECA, que fora elaborado para ser um dos principais institutos de combate à violência infantil. O artigo 5º dispõe a respeito das formas de violência as quais as crianças e adolescentes não devem ser expostos, senão vejamos:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A partir da leitura do artigo 5º do ECA é possível auferir que a proteção da dignidade da pessoa humana nas fases da infância e da juventude é uma das bases principiológicas deste documento legal.

Para que haja efetividade na prestação da tutela jurisdicional, o ECA estabelece que os casos de tratamento cruel, degradante e de violência física devem ser informados ao Conselho Tutelar, para que este possa tomar as providências necessárias, a fim de cumprir com a finalidade do ordenamento, conforme estabelecido no artigo 13 do Estatuto:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

O artigo 13 é de suma importância, uma vez que concede ao Conselho Tutelar competência para apurar os fatos, analisando o caso concreto e tomando as providências cabíveis de acordo com a necessidade de cada situação.

Apesar do belo texto legal, é de conhecimento público a precariedade da prestação jurisdicional do sistema brasileiro, não estando os Conselhos Tutelares longe desta triste realidade. Os problemas enfrentados por estas instituições são de todas as áreas, como falta de infraestrutura, de contingente pessoal, de meios de transporte, entre outros. Nota-se também que além da falta de investimento e apoio do Estado, não há colaboração da sociedade, tendo em vista a propagação de uma imagem negativa quanto aos serviços prestados pelos Conselhos Tutelares. Quanto à função da sociedade como um todo, é possível constatar que a premissa do legislador fora deixar expressa a função primordial da sociedade como um todo na proteção das crianças e dos adolescentes, conforme preconiza o artigo 18 do ECA, senão vejamos:

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

O texto do artigo supracitado é autoexplicativo, entretanto, sua simplicidade de leitura não deve se confundir com aplicabilidade. A primeira dificuldade encontrada em fazer-se cumprir a normativa se dá pela falta de conscientização da sociedade em relação à sua função social quanto a todos os jovens e crianças, não apenas seus familiares e conhecidos. Faz-se mister compreender ainda um problema social, que apesar de fugir do âmbito jurídico produz efeitos devastadores neste, o qual seria: a falta de empatia da sociedade atual.

O cenário social atual corrobora para dificultar ainda mais a compreensão do que seriam situações aterrorizantes, vexatórias ou constrangedoras. O bullying é considerado um ato violento, vexatório e constrangedor, por exemplo, porém, nem todos têm consciência a respeito do grau de suas atitudes e quais suas possíveis consequências, principalmente tratando-se de crianças e jovens.

Assim sendo, é essencial que o Conselho Tutelar e os demais órgãos responsáveis pela tutela dos menores de 18 anos recebam apoio do Estado e da sociedade, para que cada vez mais possamos ver se cumprir a legislação voltada para este grupo social.

Em se tratando de buscar a tutela dos direitos dos menores e conscientizar a sociedade sobre a importância de compreender que violência não é uma forma de se garantir disciplina, é preciso destacar parte do artigo 70-A do ECA:

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes [...].

Conforme já fora explanado anteriormente, o castigo físico ainda é enraizado na cultura familiar brasileira como sendo a forma mais eficaz de educar as crianças e os jovens. Consciente disso, o legislador pátrio buscou, através deste artigo, incentivar que o Estado e a sociedade percebam que há métodos distintos e menos agressivos de se atingir o mesmo resultado, ou até mesmo resultado ainda mais satisfatório.

O Estatuto conta ainda com um capítulo voltado especificamente para os crimes praticados contra os menores, tendo como ponto de destaque o combate à pornografia infantil. A respeito dos crimes previstos no Estatuto não desconsideram aqueles previstos no Código Penal, ou seja, não há prejuízo de um em função do outro. Neste aspecto, podemos observar o artigo 133 do CP:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

Nota-se que o ordenamento jurídico já preocupava-se em criminalizar a conduta agressiva e todas as outras formas de violência contra crianças e adolescentes. O Código Penal, por exemplo, criminalizava a conduta acima descrita, com base em combatê-las, bem antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A pena para o artigo 133 é de detenção, entretanto existem circunstâncias que aumentam a punição. Por exemplo, a pena passa a ser de seis meses a três anos, se resultar lesão corporal de natureza grave. A pena pode chegar a ser de reclusão de um a cinco anos, se resultar morte.

A pena prevista no artigo 133 poderá ainda ser de reclusão de quatro a doze anos se o abandono ocorrer em local ermo, sendo aumentada em um terço se o agente for ascendente, descendente, cônjuge, irmão tutor ou curador.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acerca da violência infanto-juvenil no âmbito doméstico permite que sejam feitas descobertas acerca do real cenário sociocultural da atualidade, proporcionando maior amplitude quanto à abrangência do conceito de violência.

Infelizmente a violência doméstica ainda é uma realidade presente no dia a dia de inúmeros jovens e crianças e suas consequências são devastadoras. A ausência de um ambiente familiar voltado para um desenvolvimento saudável e estruturado é um fator muitas vezes determinante para o futuro daquele indivíduo.

Assim como toda e qualquer situação, não há como afirmar que em todos os casos de violência doméstica a criança irá apresentar traços de violência e agressividade, porém é hipocrisia alegar que não existe relação entre os traumas sofridos e os traços de personalidade.

É visível a evolução da sociedade quanto à conscientização acerca da importância do menor e suas funções sociais, tanto perante a família quanto à comunidade. Notou-se, então, a partir de uma evolução histórica, a valorização destes indivíduos e a percepção destes como sujeitos de direito, exigindo do Estado a mesma evolução ocorrida na sociedade.

O Estado percebeu então a necessidade de designar direitos e garantias especiais para os menores de 18 anos, com o objetivo de tutelar sua dignidade humana e proporcionar um ambiente cada vez mais voltado a oferecer condições de um crescimento saudável e voltado para o sucesso pessoal, profissional e acadêmico.

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente é um marco na história dos direitos dos menores, entretanto, não ofuscando o brilho desta conquista, é preciso olhar para a atual forma de sua aplicabilidade com um olhar crítico.

Apesar do texto legal propagar uma ideia deveras grandiosa e sedutora quanto à importância do menor para a sociedade, ainda há lacunas legislativas que, enquanto não forem sanadas, estarão abrindo caminhos para situações de barbárie e abandono pelo próprio Estado.

É notável que a sociedade e o poder público estão cada vez mais empenhados em buscar meios de diminuir os casos de violência intrafamiliar. Porém, assim como o avanço legislativo fora fruto de uma evolução social, é preciso que a sociedade altere suas concepções acerca de educação e disciplina, não adotando a violência, em nenhum de seus aspectos, como meio de se atingir um padrão de comportamento.

A velha máxima de “mude, que o mundo muda com você” aplica-se então ao caso concreto, quando torna-se evidente a função de cada cidadão enquanto indivíduo formador de opiniões quanto indivíduo que deve cobrar do Estado a efetividade de suas normas.

REFERÊNCIAS

Associação dos Municípios do Alto Vale do Itajaí. **Curso sobre Violência e suas modalidades**. Apostila Digital. Disponível em: <<https://www.amavi.org.br/sistemas/pagina/setores/associal/arquivos/CursoViolencia.pdf>>. Acesso em: 25 de fev de 2018.

BISSOLI, Michelle de Freitas. **Desenvolvimento da Personalidade da Criança: O papel da educação infantil**. Universidade Federal do Amazonas. Manaus, 2014. Arquivo digital. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n4/1413-7372-pe-19-04-00587.pdf>>. Acesso em 16 de mar de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 30 de nov de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 30 de nov de 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CHIOQUETTA, Rafaela Dotti. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE: O BERÇO DO CRIME**. Revista do Laboratório

de Estudos da Violência da UNESP/Marília. Ano 2014 – Edição 13 – Maio/2014.

DESLANDES, Suely. **Humanização dos cuidados e saúde: conceitos, dilemas e práticas**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2009

DIAS, Débora. **A violência intrafamiliar infantil e suas consequências**. Texto digital. Disponível em <<https://www.comportese.com/2013/11/a-violencia-intrafamiliar-infantil-e-suas-consequencias>>. Acesso em: 23 de mar de 2018.

DUTRA, Evelyn de Brito. **Violência contra crianças e adolescentes no Distrito Federal em 2011**. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília. Arquivo digital. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8172/1/2014_EvelyndeBrittoDutra.pdf>. Acesso em 26 de março de 2018.

FARINATTI, F.; BIAZUS, D.B.; LEITE, M.B.; **Pediatria Social: a criança maltratada**. Rio de Janeiro, MEDSI, 1993.

Ferreira ABH. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIRA, Fernandes. **A CADA HORA, 5 CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS SÃO REGISTRADOS NO PAÍS**. Dispõe sobre o 16º Curso de Violência Contra Crianças e Adolescentes do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. Disponível em: Acesso em: 01 de dez de 2017.

IANDOLI, Rafael; PIMENTEL, Matheus. **Estatuto da Criança e do Adolescente: um avanço legal a ser descoberto**. Texto digital. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/04/02/Estatuto-da-Crian%C3%A7a-e-do-Adolescente-um-avan%C3%A7o-legal-a-ser-descoberto>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

ISHIKAWA, Fernanda. **Até quanto um tapa pode prejudicar o desenvolvimento infantil do seu filho?**. Texto digital. Disponível em <<http://www.votunews.com.br/?p=89308>>. Acesso em: 09 de abr de 2018.

MENARDI, Ana Paula Seco. **A educação na literatura de viagem e na literatura jesuítica – séculos XVI e XVII. 2010.** Tese (doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

MÉTODO CIENTÍFICO. Dispõe sobre o Conceito de Método Científico. Disponível em: Acesso em: 28 de nov de 2017.

SANTANA, Sumaia. **Pais violentos: Como o relacionamento abusivo marca a vida.** Texto digital. Disponível em: <<https://www.eusemfronteiras.com.br/pais-violentos-como-o-relacionamento-abusivo-marca-a-vida/>>. Acesso em: 25 de mar de 2018.

TRUFFI, Renan. **Dados de estudo da UnB deixam claro que o castigo físico ainda é considerado uma prática legítima de educação.** Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-12-17/mais-de-50-dos-casos-de-maus-tratos-contra-criancas-sao-praticados-pelas-maes.html>>. Acesso em: 15 de jan de 2018.

Violência: pai e madrasta são acusados de espancar criança levada ao HGC. Arquivo digital. Disponível em: <https://www.cn1.com.br/imprimir/noticia/3/214/violencia-pai-e-madrasta-scao-acusados-de-espancar-crianca-levada-ao-hgc.html>. Acesso em 14 de março de 2018.

[1] Professora no Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo (FASEC). Palmas – TO. Email: prof.andreiaayres@fasec.edu.br

[2] Ferreira ABH. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

[3] **Violência: pai e madrasta são acusados de espancar criança levada ao HGC.** Arquivo digital. Disponível em: <https://www.cn1.com.br/imprimir/noticia/3/214/violencia-pai-e-madrasta-scao-acusados-de-espancar-crianca-levada-ao-hgc.html>. Acesso em 14 de março de 2018.

REFLEXÃO SOBRE JUSTIÇA NA UE A PARTIR DE DERRIDA E DE ARISTÓTELES

**PEDRO HENRIQUE FACHINI LUSTOSA
DA COSTA:** Bacharelado pela Faculdade
de Direito - UnB

Resumo: Este ensaio busca fazer uma análise de como o judiciário da União Europeia (UE) se relaciona com definições modernas e antigas de Justiça. Essa análise terá como base as definições de Aristóteles e Derrida. Filósofos que têm visões distintas, mas que ajudam a compreender diversos aspectos da maior união econômica e política já existente.

Palavras-chave: União Europeia; Derrida; Aristóteles; Justiça; Filosofia do Direito.

Sumário: 1. Introdução. 2. É possível um Judiciário justo na União Europeia? 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas

Introdução

A UE é resultado de diversos tratados assinados por países da Europa. Ela atualmente é uma união econômica e política que permite a livre circulação de serviços, pessoas, mercadorias e capitais. Ao longo da formação da UE, fez-se necessário criar um sistema jurídico que, por meio da imposição da obediência aos tratados aos países signatários, garantisse a estabilidade e o pleno funcionamento dessa união. Um tratado que merece destaque é o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, pois ele fez com que a UE tivesse personalidade jurídica.

O processo de criação do sistema, no entanto, demandou que os Estados-membros abrissem mão de sua soberania. A partir disso, os tratados estabeleceram que seria criado um judiciário para toda a UE e que os ordenamentos jurídicos dos países teriam de estar de acordo com as definições da justiça europeia. Essa justiça tem então o dever de fazer com que os Estados-membros obedeçam ao Acervo Comunitário, que é o

compilado de normas e princípios estabelecidos em acordos e pela jurisprudência das cortes europeias.

O conjunto das instituições judiciárias europeias recebe o nome de Tribunal de Justiça da União Europeia (CJEU). As instituições, no entanto, são duas: o Tribunal de Justiça (ECJ) e o Tribunal Geral.

O ECJ é a mais alta corte do sistema judiciário europeu. Ela, portanto, recebe os recursos finais das ações. A ECJ é composta por 28 juízes que são indicados por cada país-membro e é composta por 11 advogados gerais que dão pareceres sobre assuntos que chegam à corte. Os pareceres, mesmo não sendo vinculantes, têm grande influência nas decisões dos juízes. A jurisdição da ECJ é restrita, ou seja, ela recebe casos de temas específicos, como recursos de anulação a respeito de diretivas da UE, recursos de decisões do Tribunal Geral e ações por descumprimento de decisões da UE.

O Tribunal Geral tem uma jurisdição ampla e é conhecido como Tribunal de Primeira Instância. Ele é composto por 44 juízes que são nomeados em comum acordo pelos Estados Membros. Como o nome diz, ele pode ser entendido como de primeira instância, logo, pode-se recorrer das decisões deste tribunal.

Desenvolvimento

Percebe-se então que o judiciário europeu é organizado e obedecido pelos membros da UE. Essa disposição e obediência, no entanto, não fazem com que esse sistema seja considerado justo pela totalidade dos pensadores que abordaram o tema justiça. No aspecto de filosofia da justiça, a UE é passível de diversas críticas. Um desses críticos é Jacques Derrida, que entende que direito e justiça são diferentes, mas se relacionam.

Derrida é um filósofo e é um dos principais nomes do desconstrutivismo. Essa escola filosófica afirma que todos os processos que levaram até a atualidade foram processos de interpretação, logo, uma entre diversas interpretações possíveis foi escolhida em detrimento das demais

em diversos momentos da História. A partir disso, evidencia-se o papel central que a Justiça tem para os desconstrutivistas, pois surge o questionamento sobre qual das inúmeras interpretações possíveis seria a mais justa. Como disse Derrida: "É aliás normal, previsível, desejável, que pesquisas de estilo desconstrutivo desemboquem numa problemática do direito, da lei e da justiça." (DERRIDA, 2010)

Aplicando a teoria de Derrida para a UE, a primeira diferença que se percebe é a da ausência de um fundamento performativo/místico para o surgimento da organização judiciária europeia. Derrida entende que o momento instituidor do ordenamento e da ideia de justiça é um acontecimento que é romantizado para dar a ideia de que aquele foi um momento excepcional e superior em que pessoas, munindo-se dos bons valores e princípios, conseguiram estabelecer uma ordem que determinaria e limitaria as futuras gerações, mas sempre garantindo a justiça. Exemplo de evento performativo é a instauração da Magna Carta por João Sem Terra para a Inglaterra. Esse evento, no entanto, não está presente para a UE.

Esse bloco não apresenta esse evento performativo, pois ele é consequência de tratados que foram assinados por nações soberanas ao longo do tempo. Nesse caso, não é possível romantizar, pois se tratou apenas de um momento em que nações se reuniram e assinaram acordos que seriam benéficos para elas e um desses acordos estabelecia que um ordenamento jurídico superior ao dos Estados seria criado para permitir o funcionamento da UE. Sem essa ideia mística de justiça, pode-se entender que o judiciário europeu se mantém ,não porque é justo, mas porque ele faz com que a UE se mantenha unida.

Essa falta de crença na justiça das leis pode ser vista como um dos motivos para a existência dos eurocéticos. Isso acontece porque eles não aceitam que a justiça para o país deles pode vir de um "papel assinado" por países que não entendem e não vivenciam a realidade deles, ou seja, eles acreditam que o judiciário do país deles não pode ser subordinado ao da UE porque o primeiro é baseado em um acontecimento justo logo toma decisões justas, enquanto o segundo toma decisões de acordo com os interesses da UE, que estão presentes nos tratados.

Essa falta de um mito fundador para a justiça pode ser relacionada com uma diferença entre a ideia de justiça distributiva para Aristóteles e a justiça na UE. Esse evento performativo está claramente relacionado com a cultura de cada povo, pois esse evento é um acontecimento passado que é transmitido para as gerações futuras, como diversos aspectos culturais.

Aristóteles entendia que a justiça distributiva, que é a ideia de que fazer justiça seria garantir a equidade, ou seja, garantir que houvesse uma distribuição do objeto do litígio que considerasse o quanto uma parte tem e quanto a outra não tem para que, após a aplicação da justiça, tanto uma parte quanto a outra tivesse recebido uma parte justa, ou seja, de acordo com a situação delas antes da distribuição. (ARISTÓTELES, 1984)

Essa relação com a cultura faz com que a justiça distributiva seja diferente em cada cultura. Isso acontece porque o que pode ser considerado adequado em uma situação para certo povo, pode ser considerado inadequado na mesma situação mas para um povo diferente. Ou seja, uma decisão que é considerada equitativa por um búlgaro pode não ser considerada equitativa por um italiano, pois eles têm noções, que resultam da cultura, diferentes. Essas diferenças fazem com que seja difícil uma justiça distributiva no ambiente multicultural da UE.

Voltando a crítica para a UE baseada em Derrida, uma crítica simples que pode ser feita é a partir do sentido de desconstrução. Derrida defendia que desconstruir era fazer justiça, pois esse retrocesso estaria voltando nas interpretações já feitas e as revendo para que fosse possível chegar na primeira interpretação e torná-la justa. Nesse processo de retorno às interpretações antigas, fica evidente então que fazer justiça seria desconstruir o estabelecimento da UE.

Essa desconstrução, no entanto, dificilmente será feita nesse contexto ou em qualquer contexto da realidade. Esse é um dos motivos que faz com que Derrida afirme que a justiça é uma aporia, ou um não-caminho, ou uma experiência que não podemos experimentar (DERRIDA, 2010). As críticas feitas neste e nos demais capítulos a partir das ideias de Derrida podem dar a entender que ele não vê nada de positivo no direito e na sua pretensão de justiça, visto que ele afirma a impossibilidade de experimentá-

la. Isso, no entanto, não é verdade, porque esse filósofo tem apreço pela objetividade escrita.

Esse apreço é percebido pela defesa do autor de que o direito é a forma mais próxima, sem ser a desconstrução, de se atingir a justiça, mesmo que isso seja impossível. Ele entende que o direito deve se guiar pela busca pela justiça para continuar evoluindo. A forma com que ele entende essa relação direito-justiça é a de o direito como um cálculo. Ele afirma que o direito é um sistema que aplica suas normas de acordo com o caso, essa definição da norma a ser aplicada é a parte do cálculo que é feito pelo juiz. A justiça, nessa situação, é a decisão de calcular ou não calcular de acordo com a situação, logo, essa é uma decisão impossível de ser tomada corretamente. Um trecho que define o papel que a justiça, mesmo sendo impossível atingí-la, deve exercer: "A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história." (DERRIDA, 2010). A partir desse apreço, pode-se imaginar que Derrida valorizaria a organização da UE e a forma com que essa organização permite a aplicação eficaz da norma, ou seja, permite o cálculo.

Aristóteles, também, tem apreço pela objetividade escrita, pelas leis. Ele afirma que: "O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo." (ARISTÓTELES, 1984) Esse filósofo então, por esse ponto de vista, entenderia que a UE aplica a justiça quando os tribunais estabelecem regulamentos e diretivas, por exemplo. Esse tipo de justiça é denominado como justiça legal, que tem a função de discriminar o justo do injusto.

A diferença entre o apreço pela objetividade escrita dos dois autores é a forma com que a relação com a justiça se dá. Enquanto Aristóteles acredita que a obediência à lei representa que o indivíduo é justo, Derrida entende que essa obediência não garante que o indivíduo é justo, visto que é impossível alguém ser justo.

Conclusão

Dessa exposição de argumentos, pode-se supor que tanto Aristóteles quanto Derrida atualmente fariam críticas e elogios para o judiciário da UE, que tem o propósito ousado de tentar ser justo em um cenário

multicultural e de inúmeras especificidades. Aristóteles valorizaria a forma com que a justiça legal pode ser aplicada, visto que o sistema é bem organizado e as normas têm grande eficácia. Derrida também veria como positiva essa organização do judiciário, visto que permitiria realizar o "cálculo" do direito. O filósofo antigo, no entanto, criticaria a forma com que esse multiculturalismo e suas especificidades dificultam o estabelecimento de uma justiça equitativa e o filósofo moderno criticaria a falta de um fundamento místico para justificar o surgimento do direito e conseqüentemente do sentimento de justiça no âmbito da UE.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. "Ética a Nicômaco" in. *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTIN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Linán. *Instituciones y Derecho de la Union Europea*. Madrid: Tecnos, 2012.

CONSTANT, Benjamin, "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos" in. *Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM,

GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

CURIA. **Apresentação do Tribunal de Justiça**. Disponível em: < http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/ >. Acesso em: 15 Abr. 2017.

CURIA. **Apresentação do Tribunal Geral**. Disponível em: < http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/pt/ >. Acesso em: 15 Abr. 2017.

O VISTO TEMPORÁRIO PARA O TRABALHO SEGUNDO AS DISPOSIÇÕES DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

MAURICIO EVANDRO CAMPOS COSTA:

Mestrando do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar quais foram as alterações promovidas pela Lei n. 13.445/2017, a Nova Lei de Migração, acerca dos requisitos necessários para a obtenção de visto temporário para trabalho no nosso país. Para tanto, apresenta um breve histórico de como era a situação do imigrante antes da vigência dessa lei, esclarecendo, a partir daí, as regras estabelecidas pela Nova Lei de Migração, para o fim de que sejam oportunizadas a essas pessoas a possibilidade de ingresso no Brasil, para prestarem atividades laborais.

Palavras-chaves: Lei n. 13.445/2017. Nova Lei de Migração. Visto temporário de trabalho. Direitos trabalhistas do imigrante.

Sumário: Introdução. I A situação do imigrante durante a vigência da Lei n. 6815/80. II As alterações promovidas pela Nova Lei de Migração. Conclusão. Referências.

Introdução

Embora o Brasil seja caracterizado por receber, já há muitas décadas, uma grande quantidade de pessoas vindas de outras nações para trabalhar no país, a legislação que regulamentava a situação do imigrante, até bem pouco tempo atrás, possuía dispositivos restritivos quanto às hipóteses de ingresso dessas pessoas.

Com efeito, a Lei n. 6815/80, vigente até o ano passado, impunha limitações aos imigrantes que desejassem prestar serviços no país, estabelecendo, em regra, a necessidade de que eles, ainda antes de ingressarem no Brasil, demonstrassem a existência de relação de trabalho ou ao menos o convite realizado pelo empregador nacional.

A Lei n. 13.445/2017, alterando essa perspectiva restritiva da Lei n. 6815/80 e pautando-se no princípio da igualdade de oportunidades de trabalho entre os nacionais e os imigrantes, estabeleceu novas regras acerca do tema.

Por meio do presente artigo, buscamos analisar quais foram essas regras, bem como se elas de fato apresentam evolução quando comparadas com aquelas vigentes antes da Lei n. 13.445/2017, tendo a capacidade de alcançar o propósito de ofertar trabalho em condições iguais a nacionais e imigrantes.

I. A situação do imigrante durante a vigência da Lei n. 6815/80

O Brasil é um país caracterizado por um grande fluxo migratório. No século XIX, esse processo de imigração tornou-se ainda mais acentuado em nosso país, com a chegada dos imigrantes que vieram prestar serviços na área agrícola, principalmente na lavoura de café. O trabalho dos imigrantes e os seus reflexos na nossa sociedade é tema intrínseco à própria cultura brasileira, detendo, assim, enorme relevância inclusive no que concerne ao estudo da evolução das formas de prestação de serviços no país.

Sob o aspecto legislativo relacionado ao tema, o Brasil não ratificou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, da Organização das Nações Unidas, de 1990. Houve, porém, a ratificação de três importantes convenções da Organização Internacional do Trabalho que tratam sobre o assunto, quais sejam as de número 19, de 1925, 97, de 1949 e 118, de 1962. [1] A primeira trata sobre igualdade de tratamento a nacionais e estrangeiros no que concerne às indenizações para as vítimas de acidente de trabalho. A segunda sobre a proteção dos direitos dos

trabalhadores que ingressem regularmente no território nacional. E a terceira sobre igualdade de tratamento em seguridade social.

Não obstante a ratificação desses relevantes diplomas internacionais, fato é que, na prática, com a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança de perspectiva na forma como os imigrantes vinham sendo vistos até então pela sociedade brasileira e pelo governo do país. Tendo em vista o fato de que o Brasil compunha as forças aliadas, alguns grupos de imigrantes passaram a ser alvo de desconfiança das autoridades públicas.

Mesmo após essa fase, quando o Brasil passou novamente a necessitar da mão de obra estrangeira, permitindo, assim, a entrada de pessoas de outros países em larga escala, esse controle das atividades dos imigrantes foi mantido.

Com o início do período ditatorial, as normas brasileiras acerca do tema consolidaram-se na Lei n. 6815/80, denominada Estatuto do Estrangeiro, cujo teor era marcado por um viés nitidamente nacionalista, fundado na exaltação das premissas da soberania e da segurança nacional, muito valorizadas desde à época das grandes guerras. Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, com princípios notoriamente humanistas, a Lei n. 6815/80 se manteve vigente, com artigos em flagrante contrariedade ao escopo do constituinte.^[2]

Com efeito, o Estatuto do Estrangeiro possuía vários dispositivos que traziam a percepção de que os imigrantes eram vistos como uma ameaça aos propósitos da nação. Nesse sentido, citam-se as disposições que vedavam a organização ou participação do estrangeiro em passeatas, impediam o exercício da atividade político-partidária e proibiam a criação de associação ou entidades de caráter político (art. 107, da Lei n. 6815/80). Ainda como exemplo, vale mencionar que, ainda durante o período ditatorial, a própria educação passou a ser controlada pelas autoridades públicas, com a vedação de disponibilização do ensino aos imigrantes indocumentados (art. 48, da Lei n. 6815/80).^[3]

No que concerne mais especificamente aos direitos trabalhistas, a Lei n. 6815/80 possuía disposição que vinculava a regularização da situação do imigrante a uma oportunidade de emprego formal.

Um exemplo claro dessa perspectiva nacionalista, inclusive no que concerne justamente à restrições referentes ao mercado de trabalho, podia ser extraído da própria literalidade do artigo 2º, da Lei n. 6815/80, que preceituava:

Art. 2º “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio- econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”.

Quanto aos imigrantes que buscavam ingressar no território nacional de forma regular, o Estatuto do Estrangeiro, segundo o seu artigo 100, condicionava esse ingresso à obtenção de visto temporário, cuja concessão deveria ser precedida de comprovação, por parte do estrangeiro, de que possuiria meios de subsistência no país. Ou seja, era condicionada à comprovação prévia de que teria lugar para trabalhar.

Além disso, segundo o artigo 101, da Lei n. 6815/80, o estrangeiro a quem fosse concedido visto temporário para trabalhar não poderia mudar de atividade, sendo-lhe vedada, portanto, a alteração da posição profissional que havia permitido o seu ingresso no país.

Ao que aparentava, o teor da Lei n. 6815/80 dispunha que apenas os estrangeiros altamente qualificados eram bem recepcionados quando desejavam trabalhar no país. A essas seletas pessoas os artigos 16 a 18, da Lei n. 6815/80, disponibilizava a possibilidade de obtenção de visto permanente, a fim de que exercessem “mão-de-obra especializada”, nos mais variados setores da economia.

Não se via, portanto, no teor do Estatuto do Estrangeiro vigente até bem pouco tempo atrás, disposições que possuíam o escopo de assegurar adequadas condições de trabalho aos trabalhadores imigrantes

que não possuísem elevada qualificação profissional e que não tivessem posição profissional já assegurada quando do ingresso no Brasil. Em outras palavras, não se possibilitava aos imigrantes ingressar no país de maneira formal para procurar emprego, exceto se esse ingresso fosse em prol do interesse da nação, motivado em virtude da elevada e específica qualificação profissional do ingressante.

Sem amparo de uma normatização que visasse integrá-los de maneira formal na sociedade laboral brasileira, restava aos imigrantes que não conseguiam cumprir as restritas condições existentes na Lei n. 6815/80 a busca por outros meios, caso, de fato, quisessem ingressar no país.

A hipótese mais certa para o fim de que fosse alcançado esse desiderato era, porém, também a mais restritiva. Consistia na tentativa do imigrante de enquadrar-se na condição de refugiado, conforme previsão da Lei 9.474/1997, ora ainda vigente.

Com efeito, à luz do que inclusive já dispunha a Convenção da ONU de 1951 e ultrapassado os óbices impostos pelo período ditatorial, foi promulgada no Brasil, ainda que de forma tardia, a Lei n. 9474/97, sobre a proteção dos refugiados. Nos termos dessa legislação, o refugiado tem direito, além da carteira de trabalho, a outros documentos que lhe possibilitam exercer atividade remunerada no Brasil.^[4]

Ocorre, todavia, que as hipóteses que permitem o ingresso de um imigrante no país como refugiado são bastante limitadas. Além da hipótese caracterizada pela impossibilidade de retorno ao país de origem por motivo de perseguição, os imigrantes que possuem nacionalidade e os apátridas podem obter refúgio quando houver grave violação de direitos humanos nos países que tiverem que deixar. Nesse sentido, dispõe o artigo 1º, da Lei n. 9474/97:

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

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

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

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

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

Assim, considerando os aspectos restritivos existentes na Lei n. 6815/80 e na Lei n. 9474/97 não restava outra alternativa a muitos imigrantes senão a de manter-se na informalidade, passando ao largo da proteção normativa trabalhista. À Nova Lei de Migração, contudo, incumbe agora alterar esse cenário.

II. As alterações promovidas pela Nova Lei de Migração

Em novembro de 2017, entrou em vigor a Lei n. 13.445/2017, também chamada de Nova Lei de Migração, substituindo a Lei n. 6.815/80, o antigo Estatuto do Estrangeiro, acima analisado.

A principal alteração promovida por essa Lei refere-se a uma alteração de perspectiva. De forma diversa a que propunha a Lei n. 6.815/80, o imigrante deixa de ser visto, sob a ótica do texto normativo, como uma ameaça ou uma pessoa que possa, de alguma forma, ser contrária à segurança e ao interesse nacional.

Conforme leciona André de Carvalho Ramos^[5], o eixo central dessa nova lei é justamente o de seguir a ordem constitucional de 1988, com a proteção dos direitos humanos também na temática das migrações. Reconhece-se, com esse novo marco normativo, que a adoção de medidas que burocratizam em demasia a regularização da situação do imigrante apenas enseja a violação desses relevantes direitos, pertencentes a todos os indivíduos, nacionais ou não, não trazendo, contudo, aumento de segurança nem qualquer outro benefício para a sociedade, ao contrário do entendimento existente sob à égide da revogada Lei n. 6815/80.

A Nova Lei de Migração é pautada, entre outros, pelos princípios da não criminalização da migração; do repúdio à xenofobia, ao racismo e a qualquer outro tipo de discriminação e pelo princípio da vedação a práticas de expulsão e deportação coletivas. Além disso, a Lei n. 13.445/2017 pauta-se nos princípios do diálogo social, da acolhida humanitária e da igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares.

Quanto às questões relacionadas aos direitos trabalhistas, a Lei Federal n. 13.445/2017 busca assegurar aos imigrantes a igualdade de tratamento e de oportunidades na esfera laboral. Além disso, a Lei faz expressa menção ao princípio e à diretriz da promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei (art. 3º, XXI). No seu artigo 4º, a Nova Lei de Migração garante ao imigrante o cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

Para alcançar esses propósitos, a lei passa a prever a existência de 5 (cinco) tipos de visto, assim entendido o *ato unilateral pelo qual o Estado manifesta a sua predisposição em permitir o ingresso de um estrangeiro no território nacional*.^[6] Todos esses vistos são tratados como temporários, já que a nova legislação extinguiu o visto permanente, criando, contudo, a autorização de residência (art. 30).

Em seu artigo 14, I, e, a Nova Lei de Migração trata sobre o visto temporário para trabalho, a ser concedido nos casos em que o imigrante deseja estabelecer residência por tempo determinado no Brasil e pretenda trabalhar em nosso país.

No parágrafo quinto, do artigo 14, há a previsão expressa de que o visto temporário para trabalho pode ser concedido ainda que não haja comprovação de oferta de trabalho ao imigrante, desde que ele comprove titulação em curso de ensino superior ou equivalente.

Já o parágrafo oitavo, desse mesmo artigo, demonstra nítida evolução ao teor da norma existente no antigo Estatuto do Estrangeiro quanto ao tema, determinando que será reconhecida ao imigrante a quem

se tenha concedido visto temporário para trabalho a possibilidade de modificação do local de exercício de sua atividade laboral.

Como se vê, a norma trazida pela nova legislação parece ser mais benéfica aos imigrantes, possibilitando que mais pessoas consigam o visto temporário de trabalho. Por certo, a possibilidade de ingresso no país para trabalhar, ainda que não se tenha relação de trabalho já formalizada ou convite pré-existente do empregador, favorecerá um número maior de imigrantes.

Por outro lado, vê-se que não houve uma amplitude tão elevada, tendo em vista que essa possibilidade de ingresso sem prévia relação de trabalho constituída somente socorre os trabalhadores que detenham nível superior.

Na realidade, a rigor, essa previsão acaba sendo um tanto quanto parecida com aquela existente na Lei n. 6815/80, tão criticada por limitar as pessoas a quem poderia ser concedido o direito de ingresso e trabalho no país, o que hoje estaria, inclusive, em confronto com o próprio princípio do acesso igualitário e livre do migrante ao trabalho (art. 3º, XI, da Lei n. 13.445/2017).

Essa ressalva faz ainda mais sentido quando analisados os atuais fluxos migratórios existentes no Brasil, a exemplo dos haitianos e dos venezuelanos. Afinal, sabe-se que em razão da situação social específica vivenciada por esses países, é muito provável que tenha havido a ocorrência de prejuízo à formação escolar e profissional de um imigrante advindo desses países, que muitas vezes acabará não possuindo os requisitos legais necessários para que haja o seu ingresso sem prévia relação de trabalho constituída.

De qualquer forma, não se pode negar que a Lei n. 13.445/2017 aumentou as hipóteses de concessão de vistos para o exercício de atividade profissional, quando comparada com a legislação revogada por esse diploma normativo.

De fato, no que concerne às hipóteses acima mencionadas (haitianos e venezuelanos), onde há um fator social mais grave e evidente, há, na Nova Lei de Migração, a previsão de outros institutos de proteção. Como exemplo, cita-se a possibilidade de concessão de visto temporário de acolhida humanitária (art. 14, I, e) e a previsão de livre circulação dos residentes fronteiriços (art. 23). Não obstante esses não serem institutos objeto do presente artigo, já que não se referem de forma específica e direta à concessão de direito de ingresso para trabalhar no Brasil, não há como negar que esses parecem ser os caminhos instituídos pela nova legislação quando o imigrante queira ingressar no país para trabalhar, mas não consiga cumprir os requisitos previstos na Lei n. 13.445/2017, necessários para tanto. Por fim, não se pode olvidar que continuam vigentes as previsões da Lei n. 9474/97, que tratam sobre as hipóteses de concessão de refúgio aos imigrantes que se encontrem nas hipóteses elencadas nesse texto normativo.

Conclusão

A Lei n. 13.445/2017 altera a ótica até então imposta pela Lei n. 6.815/80, o antigo Estatuto do Estrangeiro. A Nova Lei de Migração, pautada nos princípios da igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante, estabelece requisitos menos restritivos para que seja obtido o visto temporário de trabalho.

Ao possibilitar que os imigrantes obtenham o visto sem a comprovação de existência de relação de trabalho pré-constituída ou de convite realizado por parte de um empregador nacional, a Nova Lei de Migração se constitui, de fato, como um diploma normativo menos rigoroso acerca do tema. Ainda que não tenha havido uma abertura total quanto aos requisitos necessários para a obtenção desse visto, fato é que as medidas adotadas pela Lei n. 13.445/2017, quando somadas aos demais institutos que visam à proteção do imigrante, também existentes nesse diploma legal, parecem caminhar para uma solução satisfatória quanto ao propósito de garantir aos imigrantes proteção aos seus direitos humanos e igualdade de oportunidades de trabalho para com os brasileiros.

Referências

ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. *A proteção jurídica aos refugiados e o direito do trabalho*. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; TORRES, Daniel Bertolucci. Migração, Trabalho e Direitos Humanos. São Paulo:LTr, 2017.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Convenções internacionais sobre migração de trabalhadores*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.) Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas. São Paulo:LTr, 2014.

PAZ, Carlos Eduardo. Lei de Migração coloca o Brasil na vanguarda da defesa de imigrantes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/lei-migracao-coloca-brasil-vanguarda-defesa-imigrantes>. Acesso em 17/06/2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2018.

WALDAN, Tatiana Chang. *Movimentos migratórios internacionais e educação no Brasil: a mobilização pelo direito à educação escolar de migrantes no Estado de São Paulo*. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; TORRES, Daniel Bertolucci. Migração, Trabalho e Direitos Humanos. São Paulo:LTr, 2017.

NOTAS:

[1] BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Convenções internacionais sobre migração de trabalhadores*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.) Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas. São Paulo:LTr, 2014. pp. 289-296.

[2] PAZ, Carlos Eduardo. Lei de Migração coloca o Brasil na vanguarda da defesa de imigrantes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/lei-migracao-coloca-brasil-vanguarda-defesa-imigrantes>. Acesso em 17/06/2018.

[3] WALDAN, Tatiana Chang. *Movimentos migratórios internacionais e educação no Brasil: a mobilização pelo direito à educação escolar de*

migrantes no Estado de São Paulo. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; TORRES, Daniel Bertolucci. Migração, Trabalho e Direitos Humanos. São Paulo:LTTr, 2017. p. 133.

[4] ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. *A proteção jurídica aos refugiados e o direito do trabalho*. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; TORRES, Daniel Bertolucci. Migração, Trabalho e Direitos Humanos. São Paulo:LTTr, 2017. pp. 107-108.

[5] RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2018. pp. 915-916.

[6] RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* p. 918.

A POSSIBILIDADE DE SE RELATIVIZAR O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS

RAMAIANE CALDEIRA BARBOSA:
Bacharelanda do Curso de Graduação em Direito
da Universidade Brasil, Campus de
Fernandópolis.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

Resumo: Neste artigo com o tema A Possibilidade de se relativizar o crime de Estupro de Vulnerável menor de 14 anos questiona-se que há adolescentes, aos quais tendo mais vivência em sua fase fatídica, responde diferente a tais assuntos, tais, como do estupro. Quando alguns, já tem a maturidade de ter um relacionamento, ao qual é acompanhado e assistido pelos pais, muitas vezes, relacionamentos saudáveis. Sendo assim, visto a todo momento, a intenção do menor, que deveria ser vista apenas como precocidade do adolescente, sendo uma hipocrisia o ato de punir alguém por este fato. Porém, há outros casos, em que a mãe do adolescente, passa pela situação de ter um convivente em casa e podendo haver abuso por parte deste, a mãe muitas vezes, com medo de perder o parceiro, faz "vista grossa" e é negligente com a sua responsabilidade referente ao seu menor assistido. Neste caso, sim, a mãe, é responsável pelo adolescente, deixando de lado todas as suas responsabilidades, se tornando a coautora do crime previsto no artigo 217-A.

Palavras-chave: vulneráveis - responsáveis - estupro - relações - abuso - responsabilidade - medo - sociedade - problema - criança - crime - menor idade - passional

Abstract: On this article with his topic The if possibility of relativising vulnerable crime of rape less than 14 (fourteen) years old questions what there is teenagers, to which are by having more experience in your phase fatigue, responds different the such subjects, as of rape. When some, already theme the maturity of to have an relationship, to which it is accompanied and watched by parents, many times, relationships healthy.

Being thus, seen at al moment, the intention of the smaller, what should to be vision only as precocity of the teenager, being an hypocrisy the act of to punish someone per east fact. But, there is others case, in which the mother of the teenager, goes by through the situation of to have an cohabitant in house and being able be abuse for part of this, the mother many times, with fear of lose the partner, does "thick view" and it is negligent with the your responsibility reference to his smaller watched. In this case, yes, the mother, it is responsible by teenager, leaving of side all at your responsibilities, if making the coauthor of crime foreseen at the article 217-A.

Key-words: vulnerable - responsible - rape - relationships - abuse - responsibility - fear - society - problem - child - crime - minor age - passion

Sumário: Introdução. 1. Do Direito Comparado. 2. Classificação do Crime. 2.1 Descrição típica. 2.2 Vulnerável. 2.3 Pessoa menor de 14 anos e consentimento. 3 Legislação Anterior. 4 Discussão. 5. Da Alteração do Capítulo que Cuida dos crimes sexuais (Lei 12.015/2009). Conclusão. Referências.

Introdução

Há algum tempo a análise em casos de estupro de vulneráveis tem tido um olhar mais crítico, o que "de modo infeliz", é algo constante em nossa sociedade. Existem muitos casos e cada qual completamente diferente, quais deveriam ser analisados um a um, para melhor resolução do problema x. O assunto tem sido muito projetado e debatido na contemporaneidade, visto que persistem vários posicionamentos sobre o mesmo, porém, o proposto e desenvolvido neste artigo científico será o da relatividade, mostrando que cada caso deve ser analisado individualmente, relevando suas particularidades para assim definir a punição adequada para cada qual.

Podemos observar casos em que crianças/adolescentes, de menoridade, vivenciam um relacionamento há algum determinado período, aceito pelos pais/responsáveis e familiares, mantendo relações sexuais, porém uma das partes torna-se maior de idade, tendo a outra parte como vulnerável, cabendo assim uma análise da situação prescrita, para definir se há necessidade ou não de que se aplique a punibilidade. Sob outra

perspectiva existem outras situações, como, por exemplo, onde mulheres solteiras, com filhos, infante-juvenis, sendo considerados vulneráveis, têm relacionamentos onde a outra parte abusa sexualmente e violenta psicologicamente a mesma, que por medo de ameaças, de abandono, dependência financeira e/ou passionalmente, consente com o crime, qual necessita ser analisado e punido a partir de critérios avaliados por lei, divergindo minimamente do caso descrito anteriormente. Devido a isto, existem jurisprudências rígidas em alguns Estados.

1 Do Direito Comparado

CABETTE, 2010, cita sobre problemas de estupro de vulneráveis, o qual é sobre os menores que praticam atos libidinosos consensualmente. Não sendo o problema em questão discutido, o caso em que ocorre o ato sob violência, sendo menor ou não. Quando, há a violência, física, psicológica ou carnal, o ocorrido em questão é indiscutível.

Porém, expõe as que quando há o ato libidinoso consensual, quando um dos parceiros ou os dois são menores de 14 (quatorze) anos, que pode ocorrer o estupro bilateral. O que seria de um grande absurdo, haver a penalização, pois, indicaria que que um menor estaria estuprando o outro. Isto, evidencia o contrassenso ou a falta de bom senso de determinadas implicações de atos infracionais acaso a legislação seja aplicada de forma inflexível.

Para fundamentar nosso estudo, faremos a citação:

"A Suprema Corte do Estado da Geórgia, aplica-se a chamada "Romeo and Juliet Law". Ocorre que nos Estados Unidos da América do Norte, em vários Estados, o sexo consentido entre menores de 18 anos é criminalizado. No entanto, com o tempo se verificou que a aplicação pura e simples da norma sobredita conduzia a exageros punitivos, razão pela qual se editou uma legislação visando conter o furor da irracionalidade penal. Tal lei, apelidada de "Romeo and Juliet Law", afasta a criminalização em todos os casos nos quais os envolvidos não tenham uma diferença de idade superior a cinco anos. Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente pode servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação comedida da regra penal contida no artigo 217-A, CP quando envolva sexo consensual entre menores."(Cabette,2010).

O parlamento Alemão admitiu mudanças em sua legislação penal, a qual ampliam a definição de estupro e viabiliza a deportação de imigrantes que cometem crimes sexuais.

Segundo o projeto de lei, também conhecido como a lei "Não Quer Dizer Não" ("Nein heisst Nein"), qualquer forma de sexo não consensual agora será considerada e punida como crime. Anteriormente, apenas os casos em que as vítimas conseguiam provar que haviam resistido fisicamente aos seus agressores eram puníveis sob a lei alemã.

As reformas feitas na legislação alemã, tem como propósito alcançar a facilidade para que as vítimas de ataques sexuais realizem o registro dos boletins de ocorrência.

2 Classificação do Crime

Este crime está presente nos crimes sexuais previstos no Título VI que fala dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, Capítulos I e II Dos crimes contra a Liberdade Sexual e Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável, do Código Penal Brasileiro.

"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Corrupção de menores"

2.1 Descrição típica

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos;

2.2 vulnerável

(A) menor de 14 (quatorze) anos; (b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (c) quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

2.3 Pessoa menor de 14 anos e consentimento;

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a

existência de um relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de um relacionamento amoroso entre o agente e a vítima, são irrelevantes para a lei e para a jurisprudência.

3 Legislação Anterior

O Código Penal de 1890 fala de uma maneira esdrúxula e sem proteção total à mulheres e menores de 14 anos, como o exposto a seguir:

TÍTULO VIII

Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor

CAPÍTULO I

DA VIOLÊNCIA CARNAL

Art. 266. Atentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violências ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena – de prisão celular por um a seis anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá aquele que corromper pessoa de menor idade, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude: Pena – de prisão celular por um a quatro anos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis anos.

§ 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.

§ 2º Se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hipnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestésicos e narcóticos.

4 Discussão

O ser humano é conivente que sabendo de algo negativo a ser praticado por outrem, não faz nada para impedi-lo, embora pudesse fazê-lo, que é cúmplice. O mesmo, tem a lascívia, a vontade própria de agir, o que leva, ao cometimento do ato libidinoso em questão, não visando a tipicidade do fato. As pessoas são passionais e não racionais quando se trata do ato em questão, podendo as vezes, vir a violar o que está descrito na norma penal.

A lei em questão fala sobre o cometimento do ato libidinoso com o menor de 14 (quatorze) anos, sendo beijos lascivos, troca de carícias ou relações sexuais, sendo o sujeito ativo maior ou menor de 14 (quatorze) anos.

De acordo com NUCCI, 2015, cita que: Ter ato libidinoso de qualquer espécie com menor de 14 anos configura o crime, que é hediondo e apenado com o mínimo de oito anos de reclusão. Essa vulnerabilidade é absoluta ou relativa? Se for considerada absoluta, nunca admite prova em contrário, vale dizer, que o menor de 14 anos sabia o que estava fazendo, em matéria de relacionamento sexual; assim, jamais permite a atipicidade do fato. Se for tratada como relativa, admite prova em contrário, ou seja, é possível demonstrar que, num caso concreto, o menor de 14 sabia o que significava a relação sexual, possibilitando a atipicidade do fato. A tendência, hoje, da jurisprudência é considerar a vulnerabilidade absoluta.

Minha posição é no sentido de ser ela absoluta apenas para crianças (menores de 12), mas relativa para adolescentes (maiores de 12). Já tive oportunidade de julgar um caso no qual a suposta vítima tinha 13 anos e o agressor 18; eram namorados há 3 anos e já mantinham relacionamento sexual; a família de ambos sabia e aprovava. Como condenar esse jovem de 18 anos a oito anos de reclusão, porque teve relação sexual com a namorada de 13? Para quem afirma ser a vulnerabilidade absoluta, o único caminho é a condenação. Não vejo sentido nisso, pois o Direito deve adaptar-se à realidade – e não o contrário.

Como exposto acima, a responsabilização infracional discutida, sendo aplicada de forma inflexível, gera transtornos ao modo que vive a sociedade no momento. Pois, não é plausível o modo que é tratado o ser humano, agindo de forma consensual com a outra parte, sem violência psicológica, física ou carnal.

5 Da Alteração do Capítulo que Cuida dos crimes sexuais (Lei 12.015/2009)

Como cita NUCCI, primeira modificação favorável que esta lei trouxe, foi sobre a nomenclatura dos crimes a qual trata, sendo modificados para “crimes contra a dignidade sexual”. A mudança mais importante que ocorreu com esta mudança foi que anteriormente o sujeito passivo do crime eram apenas mulheres, homens não podendo serem vítimas de tal atrocidade. A prática da violência para obter a conjunção carnal, ou outro ato sexual para que seja satisfeita a lascívia do sujeito ativo, caracteriza a tipicidade do crime em questão, não sendo um crime especial, por que não precisa que o agente ativo tenha uma característica própria.

Esta mesma, também é benéfica ao réu, devendo retroagir no tempo, podendo ser revisada a pena de mínima de 12 meses, para 6 anos.

Aqui, colocaremos do rigor dos tribunais superiores, os quais não têm permitido a convivência ou experiência anterior, o qual tem usado a lei um tanto quanto rígida:

TJ/AC - 0500412-35.2011.8.01.0081- TJAC-
19.03.2015.

Classe/Assunto: Apelação / Estupro de vulnerável

Relator(a): Francisco Djalma

Comarca: Rio Branco

Órgão julgador: Câmara Criminal

Data do julgamento: 19/03/2015

Data de publicação: 26/03/2015

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSOS PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. ERRO DE TIPO. ART. 20, § 1º, DO CP. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. DESCONHECIMENTO PELO AGENTE. PALAVRA DA VÍTIMA. COMPLEIÇÃO FÍSICA E COMPORTAMENTO SOCIAL. PERCEPÇÃO DE ADOLESCENTE MAIOR DE QUATORZE ANOS DE IDADE. AMPARO EM SATISFATÓRIO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECURSO PROVIDO. 1. A negativa do réu de conhecimento da menoridade da vítima, corroboradas pelas declarações harmônicas da vítima e das testemunhas, aliado a compleição física da vítima, de seu comportamento, da sua desenvoltura, de sua fala, de seu vocabulário e da sua maneira de se expressar quando de sua oitiva em sede judicial, inspira, sem nenhuma dúvida, a percepção de ser ela maior de 14 (quatorze) anos de idade, configurando o erro de tipo quanto à idade da ofendida. 2. O error aetatis, evidencia a ausência do dolo necessário à configuração do delito de estupro de vulnerável, ocasionando, conseqüentemente, o reconhecimento da atipicidade do fato, eis que ausente ameaça ou violência e presente o consentimento da menor. 3. Não se mostra plausível a manutenção da condenação do apelante por crime de estupro de vulnerável, quando comprovada a convivência da ofendida com o denunciado, em união estável, notadamente considerando a importância da

família que, segundo a própria Constituição Federal, em seu Art. 226, tem especial proteção do Estado. 4. Recurso provido.

Podemos ver que neste caso, há um erro do tipo, por constar idade inferior a presumida pelo agente, o mesmo, não podendo ser punido por algo ao qual não tinha o dolo de cometer.

Como foi estudado, o erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto. Em suma, o erro, difere da ignorância que esta é uma realidade isenta ou parcial ou totalmente em conhecimento ao objeto.

De acordo com o artigo 20 do Código Penal Brasileiro, há o *ipsis litteris*, que diz que o erro em consoante com o crime, descarta o dolo, porém, assente a punição por crime culposos, caso seja previsto em lei.

Conclusão

Expõe-se que, a lei aplicada e constatada no Código Penal Brasileiro, é muito rígida, necessita ser revisada, pois o nosso ordenamento jurídico precisa ser mais resiliente, para acompanhar a constante mudança que ocorre na sociedade. Difícil é estabelecer-se um parâmetro legal para devidos atos, pois, deve ser analisado os fatores socioeconômicos, culturais e também religiosos.

Necessita-se aplicar a norma flexível, assim, tendo um maior benefício ao réu, mesmo sendo o ser humano passional e não racional, podendo violar as normas.

O Art.217-a que trata do estupro de vulnerável tendo conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14(catorze anos), leva-se a refletir sobre a necessidade da flexibilidade do mesmo de acordo com cada caso, considerando a visão jurídica de cada jurista, como também, a cultura, religiosidade e o fator social do réu.

Referências

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O estupro de vulnerável e os atos libidinosos sem violência entre menores: uma solução encontrável no direito comparado. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 mar. 2010. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=371_Eduardo_Cabette&ver=585>. Acesso em: 31 de Março 2018

Nucci, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. Revista dos Tribunais, 2009

Cunha, Rogério Sanches. Curso de Direito Penal. JusPODIVM, 4ª edição 2012

Queiroz, Paulo. Curso de Direito Penal. JusPODIVM, edição 2013

<<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/estupro-de-vulneravel-art-217-cp>>. Acesso em 12 de Abril de 2018

<Nucci, Guilherme de Souza ; Alves, Jamil Chaim ; BARONE, Rafael ; BURRI, Juliana ; CUNHA, Patrícia ; ZANON, Raphael . O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 902, p. 395-422, 2010>

< <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>

Acesso em 24 de Abril 2018

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>

Acesso em 31 de Março de 2018

< <https://pt.gatestoneinstitute.org/8476/alemanha-lei-estupro>> Acesso em 15 de Maio de 2018

TRIBUNAIS DO MERCOSUL E OS REFLEXOS DA INTERGOVERNAMENTALIDADE

VICTOR ALEXANDRE COSTA DE HOLANDA RAMOS: Universidade Federal da Paraíba. Graduando em Direito.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo uma breve reflexão sobre os tribunais do MERCOSUL, os quais se diferenciam do modelo de solução de controvérsias da União Europeia em função da supranacionalidade e intergovernamentalidade.

Palavras-chave: MERCOSUL; Tribunais; Intergovernamentalidade.

1. INTRODUÇÃO

Os sistemas de solução de controvérsias assumem características distintas, de acordo com os modelos de integração presentes no cotidiano. O primeiro grande sistema de solução de controvérsias é baseado em um sistema jurídico supranacional, com poder imperativo e supremacia perante o direito interno dos Estados-membros. Este sistema exemplifica o modelo de integração regional aplicado na Europa, o qual apresenta efeito direto e aplicabilidade imediata das normas comunitárias. Há, contudo, outro modelo adotado com o objetivo de solucionar controvérsias, baseado nos Tribunais de Arbitragem. Este modelo tem caráter intergovernamental e as decisões que dele emanam não apresentam característica supranacional e nem aplicabilidade imediata ou efeito direto (MENEZES, 2000, p. 67).

O MERCOSUL adotou o segundo sistema de solução de controvérsias supracitado, ainda que, desde o Protocolo de Olivos, exista o Tribunal Permanente de Revisão.

Em breve retrospectiva, o Tratado de Assunção estabeleceu a negociação direta como primeira forma de solução de controvérsias; caso não houvesse solução oriunda das negociações diretas a lide era remetida ao Grupo Mercado Comum, o qual formularia recomendações; caso o conflito não fosse resolvido no Grupo Mercado Comum, o Conselho do

Mercado Comum adotaria as medidas necessárias. No protocolo de Brasília surgiram os Tribunais arbitrais Ad Hoc, que, de acordo com a influência internacional, fizeram uso da arbitragem. O Protocolo de Olivos criou uma instância permanente, similar aos Tribunais de Alçada, convocada a pedido dos Estados-membros: o Tribunal Permanente de Revisão.

2. TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

É possível dizer que o Tribunal Permanente de Revisão funciona como órgão

revisor dos laudos proferidos pelos Tribunais Arbitrais Ad Hoc, como órgão julgador, em única instância, na hipótese de acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão, como órgão competente para apreciar pedidos de medidas excepcionais e de urgência, e, por fim, como órgão consultivo, competente para emitir opiniões consultivas (MARTINS FILHO, 2010, p. 37).

Entende-se por opinião consultiva, de acordo com o terceiro artigo do Regulamento do Protocolo de Olivos,

o pronunciamento fundamentado do Tribunal Permanente de Revisão em torno de perguntas de caráter jurídico referentes à interpretação e aplicação das normas do MERCOSUL em algum caso concreto, com o objetivo de resguardar sua aplicação uniforme no território dos Estados-membros (RODAS, 2008, p. 10).

O alcance das opiniões consultivas é limitado à normativa comum: tanto as originárias, referentes ao Tratado e os Pactos celebrados, quanto as derivadas, oriundas dos órgãos decisórios do MERCOSUL. É vedada, portanto, a manifestação sobre temas de direito interno dos Estados-membros. Vale salientar, outrossim, que, de acordo com o estabelecido no artigo 11 do Regulamento do Protocolo de Olivos, as opiniões consultivas emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão não serão vinculantes e nem obrigatórias.

Os artigos 03 e 04 do Regulamento do Protocolo de Olivos estabelecem que podem solicitar as opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão (I) os Estados-membros; (II) os órgãos decisórios do MERCOSUL (Conselho Mercado Comum e Comissão de Comércio do MERCOSUL) e (III) o Parlamento do MERCOSUL.

Em relação à competência do Tribunal Permanente de Revisão vale salientar que existem três variações, quais sejam: (I) competência concorrente; (II) competência de revisão e (III) competência consultiva.

A competência concorrente se estabelece quando, finda a fase política sem a resolução da controvérsia, a parte poderá, de acordo com o Protocolo de Olivos, proceder de duas formas: a reclamação poderá ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc, constituído especialmente para analisar a lide, ou poderá ser remetida ao Tribunal Permanente de Revisão, que funcionará como única instância. Já a competência de revisão configura o Tribunal Permanente de Revisão como instância recursal. A competência consultiva, por fim, refere-se à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão. Vale salientar que apenas os órgãos da organização de integração com capacidade decisória possuem legitimidade para provocar a consulta. Os Estados-membros, isoladamente, não se encontram legitimados a solicitar opiniões consultivas, pois "legitimidade ativa se dá apenas quando atuarem de forma conjunta, ou seja, por meio de consenso quanto ao objeto e ao conteúdo da consulta, que deve ser apresentada ao Tribunal Permanente de Revisão pela Presidência Pró Tempore (VASCONCELOS, 2009, p.21)". Os Tribunais Nacionais dos Estados-membros "têm legitimidade ativa apenas no que se refere às questões relacionadas com causas que estejam em tramitação no judiciário do Estado-parte, ao qual pertencem (Idem)".

As opiniões emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão, conforme o décimo primeiro artigo do Regulamento do Protocolo de Olivos supracitado, não apresentam efeitos vinculantes ou obrigatórios, servindo, apenas, como orientação para a aplicação do direito regional.

3. TRIBUNAIS ARBITRAIS AD HOC

O Protocolo de Olivos manteve o procedimento arbitral ad hoc do Protocolo de Brasília quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia através de meios diplomáticos e políticos.

O Tribunal Arbitral Ad Hoc

é composto por três árbitros e se constitui com a indicação de cinco, sendo que dois deles tornam-se suplentes. Dois são indicados por cada uma das partes litigantes e o quinto por consenso. [...] O Tribunal Ad Hoc pode realizar reuniões em qualquer um dos Estados-parte e é constituído para julgar controvérsias específicas, dissolvendo-se tão logo a questão em litígio seja solucionada. Os honorários dos árbitros correm por conta do Estado que os designou (VASCONCELOS, 2009, p. 17).

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO LABORAL

A RES. Nº 54/03 criou o Tribunal Administrativo Laboral do MERCOSUL, o qual é a única instância jurisdicional para resolver reclamações referentes à área administrativa e trabalhista dos funcionários do MERCOSUL.

O Tribunal Administrativo Laboral é composto por quatro membros titulares indicados pelo Estados-membros, que serão designados pelo Grupo Mercado Comum por dois anos, renováveis por igual período. Os membros deverão ser juristas e, se possível, com experiência em questões administrativas e trabalhistas.

Os funcionários do MERCOSUL, mesmo depois de terminado o cargo, e toda pessoa contratada para obras e serviços na esfera do MERCOSUL possuem legitimidade para recorrer ao Tribunal Administrativo Laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divergência na aplicabilidade de modelos de interação jurídica na União Europeia e no MERCOSUL se apresenta através de várias formas, contudo, vale ressaltar, que a característica mais latente aborda os conceitos de supranacionalidade e intergovernamentalidade.

A supranacionalidade, característica do modelo europeu, impõe a prevalência das decisões comunitárias sobre o interesse dos Estados-membros, através de uma estrutura institucional autônoma e independente.

A intergovernamentalidade adotada pelo processo de integração do MERCOSUL, todavia, tem como característica a relação de dependência entre as decisões do bloco econômico e a vontade política dos Estados-membros.

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL não alcançou o nível de integração da União Europeia, contudo pode ser considerado “um instrumento original e adaptado ao nível de desenvolvimento do processo de integração [...], fortalecendo-o (ARAUJO, 2008, p. 153)”, de acordo com as suas limitações.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. **O 2º Laudo do Tribunal Permanente de Revisão: Questões Processuais na Consolidação do Sistema de Revisão. Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. III, n. 12, p.148-158, 2007.

MARTINS FILHO, Marcos Simões. **A solicitação de opiniões consultivas ao tribunal permanente de revisão do MERCOSUL: a técnica para que sejam realizadas consultas pelo judiciário brasileiro**. 2010. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/wZ4IRG>. Acesso em: 28 nov. 2016.

MENEZES, Wagner. **Lineamentos para a sistematização do estudo do Direito da Integração.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 773, p. 52 – 73, mar. 2000.

RODAS, João Grandino. **A Competência do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul para emitir Opiniões Consultivas.** 2008. Disponível em: <https://goo.gl/oOmURO>. Acesso em: 28 nov. 2016.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL.** Revista Ética e Filosofia Política, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, p.01-30, jun. 2009.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA A PARTIR DA ANÁLISE DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

LEONARDO FERNANDES PINHEIRO: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

RESUMO: O presente estudo, realizado mediante pesquisa à doutrina e jurisprudência pátrias pertinentes, debruça-se sobre a extensão do benefício fiscal imunizante às empresas estatais à luz do artigo 21, X, da Constituição Federal, em especial à ECT, propondo uma revisão em relação aos exatos contornos, e, conseqüentemente, dos limites que tal imunidade deve possuir, já que tais empresas, ao lado de serviços públicos exclusivos, prestam também serviços públicos não exclusivos, além de atividades tipicamente empresariais, competindo, pois, com os agentes econômicos particulares, a quem a CF/88 atribui protagonismo no exercício de tais atividades. Propõe-se, pois, uma compatibilização da imunidade tributária recíproca das empresas estatais com os princípios fundantes da ordem econômica brasileira prevista na Carta Magna de 1988, em especial, o da livre e isonômica concorrência.

Palavras-chave: Imunidade Tributária Recíproca. Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público Exclusivo. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Serviço Postal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS 3 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS RECÍPROCAS E SERVIÇO PÚBLICO 4 SERVIÇO POSTAL E A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA ECT REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

A imunidade tributária decorre da manifestação jurídica do órgão fundador do nosso ordenamento jurídico: o Poder Constituinte. Representa uma ordem, um comando expresso e inescapável aos entes federativos autônomos da República Federativa brasileira.

Estes entes foram dotados da faculdade de instituir tributos. Entretanto, este mesmo constituinte que permite tal investida (necessária às

finalidades estatais democráticas) ao patrimônio de seus cidadãos aponta situações específicas que estão fora do alcance desta competências.

Em observância a inexistência de hierarquia ou privilégio jurídico entre si, os entes públicos não podem impor impostos uns aos outros, já que tal espécie exacional, tributo não vinculado que é, representa expressão de posição de superioridade jurídica do tributante em relação ao contribuinte. Assim, entre pessoas parificadas, equiparadas em poderes, não pode haver tal sujeição, sob pena de restar prejudicado o pacto federativo, e, mais que isso, restar embaraçado o desenvolvimento dos serviços públicos ofertados pelos entes políticos aos seus cidadãos.

Serviços estes, aliás, viabilizadores da garantia de direitos, que são a razão, não só da existência do Estado, e, por óbvio, de seus entes, como, também, da própria tributação.

Ocorre que tais serviços, por fatores de gestão, não são prestados apenas pelas pessoas da federação, que muitas vezes transferem sua execução a outras pessoas administrativas, muita embora mantenham o controle, a fiscalização e a regulação das atividades.

Um das pessoas a quem são outorgados tais serviços são estatais, que não atuam apenas prestando serviços públicos *stricto sensu*, muitas vezes concorrendo com os demais particulares da livre iniciativa.

O caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, por nós escolhido para estudo, mostra-se peculiar, porque se trata de empresa que, principal e originariamente, tem como atribuição um serviço público federal, qual seja, o serviço postal. No entanto, tal empresa (que não deixou de ter natureza privada) também exerce empreendimentos econômicos, serviços que também são prestados por particulares.

Assim, neste trabalho monográfico, buscou-se melhor analisar até onde sua (e, por conseguinte, das demais estatais que a seu caso se assemelhem) imunidade tributária é legítima, em função de seus serviços públicos, e a partir de quando ela pode mostrar-se nociva à ordem econômica estatal.

2 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

O cerne do objeto deste trabalho monográfico está na problemática, pode-se assim dizer, de hermenêutica constitucional, referente à adequada e exata abrangência da imunidade tributária recíproca a que fazem jus as empresas públicas e sociedades de economia mista

prestadoras de serviço público, que embora não tenha sido concedida de forma expressa pela Constituição Federal foi reconhecida em julgamento de grande reflexo dogmático-jurídico pelo Supremo Tribunal Federal[1].

As imunidades tributárias não representam outra coisa senão uma maneira de se condicionar a força exacional estatal. São elas instituto criado pelo Direito, dotadas, no caso brasileiro, de *status* constitucional, permeadas pelo espírito republicano-democrático de nosso atual ordenamento e inspiradas pelos diversos princípios e garantias fundamentais atribuídos a nossos cidadãos. Nesse sentido, assinala Sabbag (2012, p. 39):

Dessa forma, a norma imunizante, burilada pelo legislador constituinte, em nome do “cidadão-destinatário”, visa preservar valores políticos, religiosos, sociais e éticos, colocando a salvo da tributação certas situações e pessoas (físicas e jurídicas).

A imunidade tributária é apenas uma das diversas espécies do gênero limitações ao poder de tributar, que por sua vez é “expressão do poder político, consequência do *jus imperium* do Estado” (COSTA, 2006, p. 54).

A imunidade, ao estabelecer situações determinadas, em que certas pessoas, em função de sua natureza, de suas atividades ou dos bens objeto de sua atuação, não podem ser tributadas por quaisquer das pessoas políticas, está claramente a impor uma limitação ao poder destas de tributar.

Na lição de Baleeiro (2010, p. 372), a imunidade “obsta o exercício da atividade legislativa do ente estatal, pois nega competência para criar imposição em relação a certos fatos especiais e determinados”.

Da mesma forma, quando há imunidade tributária, não há competência tributária[2]. No entanto, não se diz que as imunidades limitam a competência tributária, mas sim que auxiliam na sua delimitação. A esse respeito, dispõe Carvalho (2007, p. 190):

Inexiste cronologia que justifique a outorga de prerrogativas de inovar a ordem jurídica, pelo exercício de competências tributárias definidas pelo legislador constitucional, para, em momento subsequente, ser

mutilada ou limitada pelo recurso da imunidade. Aliás, a regra que imuniza é uma das múltiplas formas de demarcação de competência. Congrega-se às demais para produzir o campo dentro do qual as pessoas políticas haverão de operar, legislando sobre matéria tributária. Ora, o que limita a competência vem em sentido contrário a ela, buscando amputá-la ou suprimi-la, enquanto a norma que firma a hipótese de imunidade colabora no desenho constitucional da faixa de competência adjudicada às entidades tributantes.

Vale ressaltar que as imunidades tributárias não são apenas normas direcionadas aos entes tributantes, destinadas a retirar, de seu perímetro de atuação exacional, certas pessoas, fatos e bens; alcançam, também, as próprias pessoas imunizadas, pois constituem direito público subjetivo fundamental de não ser tributadas (FERREIRA SOBRINHO, 1996, p. 102).

Dessa forma, há grande sintonia entre os casos de imunidade tributária previstos na Constituição Federal e os princípios e valores fundamentais da Carta de 1988, a exemplo da liberdade religiosa e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, bem como a imunidade das instituições de educação e o valor primário e elementar desta para nossa sociedade.

Distingue-se, ainda, a imunidade tributária da isenção tributária, sendo a primeira exoneração tributária constitucional, enquanto a última se trata de preceito de nível legal emanado pelo poder legislativo quando do exercício da competência tributária (COSTA, 2006, p. 104).

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, todos os casos de imunidade repousam no art. 150, VI, da Carta Magna, e este trabalho se deterá no estudo e alcance da imunidade tributária recíproca, conferida ao patrimônio, renda e serviço dos entes federados e estendida em alguns casos às empresas estatais.

3 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS RECÍPROCAS E SERVIÇO PÚBLICO

Sabe-se que entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, não há qualquer hierarquia. São eles dotados de autonomia e igualdade jurídica (ainda que faticamente desiguais), possuindo, apenas, esferas de

competências (legislativas e administrativas) diversas (não obstante possuam também competências comuns).

Como, no caso do imposto^[3], a obrigação tributária tem origem em fato indiferente a qualquer atuação da pessoa política, decorrendo unicamente da supremacia do interesse público e de uma posição jurídica superior do tributante em relação ao contribuinte, incompatível com o ideal da federação seria admitir um quadro em que os entes federados impusessem-se tal tributo desvinculado uns aos outros (CARRAZZA, 2007, p. 708-709).

Outro sustentáculo atribuído à imunidade recíproca é a da ausência de capacidade contributiva dos entes públicos federativos. Isto porque os recursos auferidos por eles, por força do interesse público a que estão vinculados, e em função de que decorre sua existência, destinam-se à prestação dos serviços públicos que lhes competem ofertar (COSTA, 2006, p. 138), o que também justifica o fato de recair a imunidade apenas sobre impostos mas não sobre os demais tributos, em que há atuação estatal a lastrear a exigência do tributo.

No entanto, as chamadas empresas estatais, que se dividem em empresas públicas e sociedades de economia mista, não atuam necessária e exclusivamente na exploração de atividades econômicas abertas à livre iniciativa e sujeitas ao lucro. Há, pois, algumas dessas empresas estatais que exploram serviço público; algumas de maneira exclusiva, com impossibilidade de delegação a particulares (CARRAZZA, 2004, p. 52), isso porque diversos serviços públicos são atribuídos, por lei, a entes privados, a exemplo dos serviços postais, de saneamento básico e de infra-estrutura aeroportuária.

Nestes casos, as empresas estatais são instrumentos do Estado, e a doutrina e jurisprudência entendem de forma majoritária que seria e elas extensível a imunidade tributária recíproca, pois se compreende que o Poder Constituinte imunizou os entes federados não apenas por sua natureza, mas também por conta da atividade que exercem de serviços de relevância pública.

No RE 407099/RS, o Pretório Excelso, legítimo hermeneuta da Lei Maior, entendeu aplicável à ECT a imunidade tributária recíproca, em relação à cobrança de IPTU pelo município de São Borja (RS). Do julgado, relatado pelo Ministro Carlos Veloso, resultou a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a.

II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido (DJ. 06/08/2004).

Observa-se da ementa do julgado que se atribui o benefício à ECT por ser ela prestadora de serviço público exclusivo da União (serviço postal e correio aéreo), pelo que se faz necessário compreender o que diferencia o serviço público da atividade normalmente realizada pelas empresas estatais.

Em relação à diferenciação entre serviço público e atividade econômica, entendemos que doutrina útil a tal fim (GRAU, 2010, p. 108-117) é a que ensina *ser a atividade econômica em sentido amplo* um gênero, de que são espécies a *atividade econômica em sentido estrito* e o *serviço público*^[4].

O motivo porque as duas são englobadas em um mesmo gênero é o fato de não haver, materialmente, qualquer diferenciação entre ambas. Não há, pois, serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito por natureza, até mesmo porque se tratam de ficções jurídicas (COSTÓDIO FILHO, 2006, p. 135).

A diferença entre os institutos, pois, encontra-se no fato de o legislador (constituente ou ordinário), valorando tais atividades como mais ou menos essenciais ao interesse público, por uma gama de critérios (jurídicos e extra jurídicos), conceder sua titularidade e execução ao Estado (ou aos delegatários deste, no caso da execução) ou franqueá-los à iniciativa privada, submetendo-os, em cada caso, a diferenciados regimes

jurídicos. Em regra, as atividades econômicas em sentido estrito são abertas à iniciativa privada e regidas por um regime jurídico de direito privado; os serviços públicos, por sua vez, são atribuídos ao Estado e regulados pelo regime jurídico de direito público (FIGUEIREDO, 2011, p. 70).

Os serviços públicos são regulados por regime especial, baseado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público pelo administrador, universalidade, continuidade, igualdade, modicidade, dentre vários outros (COSTÓDIO FILHO, 2006, p. 145), o que também os diferencia das atividades econômicas em sentido estrito.

Dada a essencialidade dos serviços públicos à sociedade, devem ser obrigatoriamente concedidos, independentemente de serem, ou não, rentáveis. Não raro, podem funcionar inclusive no prejuízo (Di PIETRO, 2010, p. 104). No regime privado, não se vislumbrando lucro na atividade, força motriz do empreendedorismo, a atividade econômica dificilmente será explorada

Destaque-se que, não obstante a transferência da execução do serviço público ao particular, o ente público conserva sua titularidade, podendo, inclusive, retomar sua prestação a qualquer momento, ainda que sem falta do delegatário, desde que configurado o interesse público, caso em que o particular será adequadamente indenizado (MELLO, 2008, p. 669).

Com tal distinção esclarecida, passaremos a abordar, de maneira específica, o serviço postal, bem como a imunidade tributária recíproca da ECT, que dele depende.

4 SERVIÇO POSTAL E A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA ECT

Nesta última etapa do estudo, apreciaremos, de forma específica, o serviço postal, para aferirmos sua correta natureza^[5] em nosso ordenamento: se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, ou, até mesmo, se dotada de uma natureza híbrida. Isto porque, a depender dela, pelo que aqui foi exposto, maior ou menor será a imunidade tributária da ECT.

A Constituição de 1988 não conceituou o serviço postal, o que, aliás, é de boa técnica legislativa, tendo em conta as transformações sociais contínuas, a que os termos da Carta Maior melhor amoldam-se em caso de não haver prolixidade por parte do constituinte (FRANÇA, 2008, p. 50).

Limitou-se, a Carta Magna, a prescrever, em seu artigo 21, X, que é competência da União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”.

No plano legal, com efeito, é a lei 6.538/78 quem trás o conceito de serviço postal. Dispõe ela, em seu artigo 7º: “Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento[6]”. Denota-se, assim que a lei traz conceituação ampla, fazendo com que a intermediação de praticamente todos os objetos economicamente viáveis amoldem-se no conceito de serviço postal.

Tratando da abrangência do serviço postal, apropriado o ensinamento, ainda que se referindo à Constituição de 1967 (com redação idêntica da CF/88), de Ataliba (1986, p. 85-86):

Determina o art. 8.º, XII, que, à União compete “manter o serviço postal e o correio Aéreo Nacional”. Cumpre investigar, pois, qual a consistência material do chamado “serviço postal”, a fim de apreender a extensão do serviço cometido, com exclusividade, ao Poder Público; mais precisamente à União. A propósito do teor da norma desse dispositivo, Pontes de Miranda, na sua insuperável obra de interpretação das normas constitucionais (Comentários à Constituição de 1967), adverte, de forma incisiva que, o “cerne do conceito” de serviço postal ou correio, “está nas cartas missivas: cartas, escritos, mensagens fechadas”, porquanto, “correio significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais, entendendo-se por encomendas postais as que se equiparam às cartas. Isso não que dizer” – ensina o jurista – “que se vede, constitucionalmente, a particulares, ou às próprias entidades infra-estatais, manter serviços de entregas de objetos (não de cartas!). Com efeito, a Constituição, ao valer-se dos termos “postal” e “correio”, já determinou, circunscreveu e delimitou, pelo próprio significado de tais vocábulos, o âmbito dos serviços atribuídos à competência exclusiva da União. Em face de tal

evidência, a dispensar esforço para demonstrá-la, ressalta que o serviço subtraído aos particulares e às demais pessoas públicas que não a União, é precisado, predefinido, predeterminado no Texto Constitucional, não abrangendo, não alcançando todas as coisas, objetos, bens, etc., etc., passíveis de serem enviados de um local para outro. É, assim, indiscutível que o serviço de competência exclusiva da União, tal como claramente posto na Constituição, tem âmbito delimitado e circunscrito às cartas missivas, às mensagens, comunicação escrita ou correspondência, por meio de carta.”

Da mesma maneira que em relação ao conceito, a CF/88 não explicita a natureza dos serviços postais. Em seu artigo 21, X, por demais lacônico, limita-se a atribuir, à União, a manutenção do “serviço postal” e do “correio aéreo nacional”.

A partir de tal dispositivo constitucional, a doutrina, interpretando-o, entende, de maneira majoritária, tratar-se de serviço público. Como exemplo, entendendo tratar-se de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. aduz Mello (2008, p. 676-677):

Há duas espécies de serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X. Isso porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” a “f”) diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente “ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

No entanto, alguns doutrinadores, como Luís Roberto Barroso (2001, p. 131-159) interpretam o laconismo do legislador constitucional como uma ausência de restrição à livre iniciativa, um franqueamento de tal atividade à iniciativa privada.

Do ponto de vista legislativo, a lei 9.074/95, com redação dada pela lei 9.648/98, incluiu os serviços postais em seu artigo 1º, VII, referindo-se a eles como serviços públicos sujeitos ao regime de concessão e permissão, bem como à lei 8.987/95, o que faz com que se possa afirmar que, atualmente, o legislador ordinário considera o serviço postal um serviço público federal passível de delegação (COSTÓDIO FILHO, 2006, p. 177).

Pois bem, conforme mencionado anteriormente, o STF já havia se posicionado em relação a natureza do serviço como serviço público exclusivo da União. No entanto, merece destaque o julgamento da ADPF 46, em que o assunto foi enfrentado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesta ADPF, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, em novembro de 2003, alegava-se que a ECT buscava dar sentido amplíssimo às atividades alcançadas pelo conceito de serviço postal, bem como às sujeitas pelo seu monopólio. No resultado, por maioria, o STF declarou improcedente a ADPF nº 46, o que significou, pois, a recepção da lei 6.538/78, que concedia tal monopólio, pela CF/88. O serviço postal foi reputado pela Suprema Corte como serviço público prestado em regime de exclusividade pela União.

Foi dado, no entanto, interpretação conforme ao artigo 42 da Lei 6.538/78, para restringir a exclusividade (a lei fala em monopólio) postal, que, violada, enseja a prática do fato típico, às atividades constantes do artigo 9º da referida lei^[7], que se referem apenas a carta, cartão-postal, correspondência agrupada, além de selos e outras fórmulas de franqueamento postal. Em outras palavras: ficaram fora do conceito de serviço público exclusivo o recebimento e entrega de outros objetos, em especial, as encomendas.

Vistas, pois, a conceituação, a natureza e as características do serviço postal estamos munidos dos elementos para responder à questão basilar deste estudo: qual a adequada abrangência e o correto limite da imunidade tributária recíproca a que faz jus a Empresa Brasileira de Correios

e Telégrafos (e, por conseguinte, demais estatais prestadoras de serviço público).

A intenção do constituinte ao estabelecer a imunidade tributária parece-nos ser beneficiar uma atividade (serviço público) que atenda a algum princípio com assento constitucional mais do que uma pessoa apenas por realizar tal atividade, e tal raciocínio se aplica a concessão de imunidade às empresas estatais, como é o caso da EBCT, que presta serviços em plena concorrência com a iniciativa privada (já que a exclusividade postal restringe-se ao artigo 9º da lei 6.538/78, conforme definido na ADPF nº 46); presta, inclusive, através do Banco Postal, serviços financeiros, de extrema e tradicional natureza econômica.

O ponto chave da concessão da imunidade tributária recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista está, em primeiro lugar, na circunstância de serem prestadoras de serviços públicos exclusivos; em segundo lugar, só fazem jus a tal exoneração tributária enquanto exercem tais atividades tipicamente exclusivas e públicas. Se realizam atividades que não estas, e portanto, não típicas, não gozam da imunidade.

Há de se compreender que a não concessão da imunidade, em tais casos, está não a intentar a tributação de empresas que, por exemplo, possuem patrimônio majoritária ou totalmente público. A razão de ser da limitação constante do artigo 150, §3º, bem como do artigo 173, § 2º, está fundamentada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, fundamentos e princípios que são da ordem econômica (art. 170, *caput* e inciso IV, da CF/88), bem como da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Carta Magna).

Podemos concluir, pois, com base no exemplo da ECT, que, quando esta realizar as atividades postais constantes do artigo 9º da lei 6.538/78, gozará da imunidade tributária recíproca, por força dos artigos 150, VI, *a*, e 150, §2º, da Constituição de 1988, pois consistem em atividades tipicamente caracterizadas como serviços públicos, de prestação exclusiva da União.

No entanto, quando realizarem atividades fora do citado artigo, em concorrência com a iniciativa privada, e mesmo outros, em especial a atividade financeira que realiza através do Banco Postal, deve a ECT ser sujeito passivo da cobrança de impostos. Da mesma forma, em relação a

outras empresas públicas ou sociedades de economia mista, desde que prestadoras de serviço público exclusivo, se, porventura, realizarem outras atividades em concorrência com os particulares, em relação a estas, estarão sujeitas à tributação, e, portanto, não alcançadas pela imunidade tributária recíproca.

5 CONCLUSÃO

Empreendido este estudo, pôde-se apreender que as imunidades tributárias, normas constitucionais excepcionadoras do princípio tributário da universalidade, são comandos do poder constituinte que, direcionados aos entes políticos constituídos, delimitam, de forma negativa, sua competência tributante, privilegiando casos expressos (ou implicitamente inerentes) e específicos que a lei instituidora da exação não poderá afetar.

Tais privilégios, que, em última análise, têm por destinatários alguns sujeitos (em razão de sua natureza, da relevância social de seus bens ou atividades), não são fruto de arbitrariedades despóticas do legislador originário.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT representa caso peculiar. Tal empresa pública, vinculada à União, responsável pela prestação do serviço postal de que esta última é titular, desenvolve, de um lado, tal serviço público, prestando também, no entanto, diversas atividades que não se enquadram no conceito da atividade postal, atuando, inclusive, na área financeira, através do Banco Postal.

Em relação aos serviços postais, goza de imunidade, posto serem exclusivos, vinculados à competência constitucionalmente atribuída à União; quanto às atividades econômicas, no entanto, não há dúvida de que devem ser tributados através de impostos, não produzindo efeitos, aqui, a imunidade recíproca. Prepondera, em tal caso, o princípio da livre e isonômica concorrência, demonstrando a ligação e harmonia existentes entre a ordem tributária e a ordem econômica.

Não se sustenta o argumento de que os serviços imunes arrastariam a imunidade para as atividades econômicas privadas da ECT, por supostamente serem estas praticadas apenas para financiar aqueles, deficitários que são (subsídio cruzado).

Como dito, a CF/88 obrigou (e não facultou) à prestação de serviços públicos, em regra, os entes tributantes, que podem valer-se da

administração indireta para fazê-lo (ou mesmo da delegação a particulares). Deixou, por sua vez, também como regra, à iniciativa privada, a realização de atividades econômicas estritas, só autorizando excepcionalmente a participação estatal, em tal área, caso em que deve submeter-se às mesmas regras a que se sujeitam os particulares.

Assim, a extensão da imunidade recíproca das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público exclusivo está estritamente limitada a estes, não persistindo em caso de atuação em concorrência com a iniciativa privada, em atividades econômicas em sentido estrito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. **Revista de Direito Público**, n. 77, p. 80-93, jan./mar. 1986.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. Ed. atual. por: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do serviço postal: legitimidade da atuação da iniciativa privada. **Revista dos Tribunais**, vol. 786, p. 131-159, abr. 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O serviço postal no direito brasileiro**. Curitiba: J M Editora, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos. **Revista de informação legislativa**, a. 45, n. 177, Brasília, p. 47-56, jan./mar. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. atual. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407099/RS. No caso, a imunidade foi concedida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública vinculada à União. Em outros julgados posteriores, porém, o STF seguiu o mesmo entendimento, estendendo a imunidade também a outras empresas públicas, bem como a sociedades de economia mista, desde que prestadoras de serviço público exclusivo do ente a que vinculados.

[2] “A competência tributária apresenta-se como a aptidão jurídica para criar, in abstracto, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.” (SABBAG, 2012, p. 283-284)

[3] Segundo o art. 16 do CTN, o imposto é o “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Daí se dizer que se trata de tributo não vinculado (a uma contraprestação estatal).

[4] A bem da verdade, como aponta Grau (2010, p. 102): “Rigorosamente, o gênero atividade econômica em sentido amplo compreende três espécies, e não apenas duas – a da atividade econômica em sentido estrito e a dos serviços públicos. Convém acrescentarmos a essas duas primeiras espécies do gênero a das atividades ilícitas, ou seja, atividades econômicas em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei.”

[5] Não obstante já tenhamos, no primeiro capítulo, visto que a Suprema Corte só estendeu benefícios típicos (dentre eles a imunidade tributária recíproca) da Fazenda Pública à ECT por considerar os serviços que ela presta (postais) de natureza pública, neste capítulo faremos uma análise mais detida acerca de tais serviços.

[6] Em relação ao regulamento mencionado, o mesmo hoje não existe, pois o Decreto nº 83.858/79, que trazia tal regulamentação, foi revogado pelo Decreto sem número, de 15 de fevereiro de 1990, representando sério prejuízo à segurança jurídica no setor, já que o artigo da lei e seus parágrafos trazem tão somente os contornos gerais da definição do instituto (COSTÓDIO FILHO, 2006, p. 96).

[7] Art 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO - UM REFORÇO ARGUMENTATIVO

EDUARDO AUGUSTO ARTEIRO DE FARIA:

Bacharel e Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado com experiência na área de Direito Público. Pesquisador no Grupo de Pesquisa "Meio Ambiente Urbano" (CNPq/PUC-SP). Atualmente, é assessor na Prefeitura da Cidade de São Paulo.

Resumo: O presente artigo analisa o princípio da segurança jurídica desde sua concepção geral no Estado Legal até a sua evolução no Estado Social e Democrático de Direito. O objetivo é avaliar, em abordagem estritamente teórica, como a segurança jurídica se coloca em contraste com os objetivos sociais e democráticos do ordenamento nessa era pós-positivista, tendo por referência o Direito Brasileiro.

Sumário: Introdução; 1. Considerações iniciais; 1.1. Uma noção geral da segurança jurídica; 1.2. A segurança jurídica e o Estado de Direito; 2. Considerações doutrinárias; 3. A segurança jurídica como princípio jurídico; 4. O princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro; 5. A segurança jurídica e a aplicação de princípios; 5.1. O princípio da segurança jurídica no Estado Social e Democrático de Direito; 5.2. A aplicação de princípios gera insegurança jurídica?; 5.3. A aplicação de princípios e a efetiva consecução da segurança jurídica no Estado Social e Democrático de Direito; 6. Considerações finais à guisa de conclusão.

Introdução

O presente artigo busca revisar o conceito de segurança jurídica, reforçando sua importância no direito contemporâneo e, em especial, contrastando com o forte apego aos princípios atualmente verificado no exercício da função jurisdicional. A ideia é avaliar como a segurança jurídica se enquadra no sistema jurídico, destacando a relevância na proteção dos

fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito para a consecução desse valor.

Na estruturação do presente trabalho, partimos, inicialmente, das noções gerais do princípio da segurança jurídica, para delimitar seus diversos contornos, revelando a evolução do conceito e as diferentes acepções propostas pela doutrina. Em um segundo momento, analisamos a figura em questão como princípio de Direito, realçando os institutos decorrentes no Direito Brasileiro. Na parte final, retomaremos os conceitos para avaliar o papel dos princípios basilares de nosso sistema (objetivos do Estado, fundamentos, valores constitucionais) na função jurisdicional, verificando a observância da segurança jurídica, sob a ótica do Estado Social e Democrático de Direito,

Para evitar o desvio para o casuísmo (e na ausência de metodologia apropriada), deixamos de selecionar exemplos jurisprudenciais favoráveis ou contrários a nossa tese, desenvolvendo abordagem estritamente teórica. De todo modo, esperamos, ao fim, fornecer um contra-argumento às críticas feitas ao protagonismo dos princípios nessa era pós-positivista, sempre como provocação e fomento de um proveitoso debate.

1. Considerações iniciais

1.1 Uma noção geral da segurança jurídica

Qualquer abordagem do princípio da segurança jurídica impele à revisita de algumas bases da ciência jurídica, desde a Teoria Geral do Estado até os elementos introdutórios da estrutura jurídica normativa. Assim, buscando uma maior objetividade, pedimos vênias para não nos determos demais nessas disciplinas, o que faremos apenas incidentalmente, na singela medida necessária àquilo que for útil às nossas premissas e conclusões.

De princípio, necessário adiantar que o instituto em questão se coloca como elemento intrínseco à própria juridicidade, à estrutura da norma jurídica: na expectativa de que havendo o antecedente A (hipótese), haverá o conseqüente B (mandamento), sob pena de C (sanção). Essa expectativa,

bem como a realização do conseqüente previsto, corresponde à segurança jurídica, bem como à própria positividade, vinculação da norma.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 41) traz o raciocínio em palavras mais claras: “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos a que associará aos comportamentos tais ou quais, de maneira a outorgar aos membros do corpo social a segurança que daí resultará”, acrescentando que o Direito depende da certeza quanto àquilo disposto pela norma, e concluindo: “é a ideia de segurança, implícita, mas inarredável, o que se encontra subjacente a toda e qualquer norma jurídica” (2013, p. 42).

Justamente por ser essencial à natureza da norma, a segurança jurídica se manifesta em seus diferentes planos: a existência, validade, eficácia e mesmo efetividade. Ademais, pelo mesmo motivo sua amplitude será correspondente às próprias extensões do Direito - aqui tomado em sua acepção normativa, sem maiores digressões, pelo conjunto de normas jurídicas impostas para disciplinar a conduta humana (NUNES, 2007).

E veja-se que a segurança jurídica está adstrita com *exclusividade* ao Direito, uma vez que se atrela a dois caracteres distintivos da norma jurídica (em oposição às normas sociais, morais): a imperatividade e a coercibilidade. Ainda assim, mesmo que privativa do campo jurídico, a diversidade de suas acepções é patente:

Segurança jurídica é uma expressão que comporta vários sentidos. O adjetivo, entretanto, delimita o campo do substantivo, mostrando que a segurança de que se fala está relacionada com o direito, tomada esta palavra quer na acepção de direito objetivo, como conjunto de normas editadas ou reconhecidas pelo Estado para ordenar a vida em sociedade, quer como direito subjetivo, ou seja, como vantagem de que os indivíduos são titulares e que resultaram da ocorrência de fato jurídico, na compreensão mais ampla dessa locução, abrangendo, portanto também os atos jurídicos.

(...)

Bem se percebe, por estas resumidas observações, como é justificado o pensamento de tantos autores notáveis, desde os antigos até os contemporâneos – a ponto de se poder falar em uma opinião comum – quando asseveram que a noção de segurança jurídica é conatural e, pois, indissociável da própria noção de direito, só existindo direito onde existe segurança jurídica (SILVA, 2013, p. 21).

Nesse sentido é que a noção da segurança jurídica é percebida em diferentes extensões pela doutrina e academia, que a vincula a uma diversidade de acepções (e.g): à própria positividade do Direito^[1], sua eficácia e ao processo de concreção do ordenamento (interpretação e aplicação); à “racionalidade, unidade e coerência do sistema” (DACAL, 2013); à efetividade do direito (TORRES, 2011); à estabilidade e criação do sistema; à previsibilidade, estabilidade e certeza; ou ainda à solidez do sistema (ROCHA, 2009).

A pluralidade de abordagens, entretanto, não se traduz em divergências doutrinárias ou dificuldade na abstração do conceito, mas, pelo contrário, corresponde exatamente a sua devida e inegável extensão. Em resumo, a segurança jurídica se coloca em todas as dimensões em que o Direito se coloca.

Há quem diga, inclusive, que a locução seria tautológica, nas palavras de Jean-Guy Huglo (2001, p. 82), citado em memorável artigo de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2005): “A segurança jurídica é uma tautologia. (...) a fórmula parece uma espécie de redundância, o tantil parece óbvio que um direito que não assegura a segurança das relações que governa deixaria de ser um”.

1.2 A segurança jurídica e o Estado de Direito

Toda a ideia acima traçada é necessária, mas insuficiente ainda para a adequada reflexão sobre o conceito em análise. Um passo adiante nessa tarefa é justamente reconhecer que, se de um lado a segurança é intrínseca ao Direito (ordenamento normativo), de outro ela não é intrínseca a *qualquer* Direito (ordenamento normativo).

Em singelo raciocínio, procuramos explicar a ideia: considerando que a segurança exige a previsibilidade e a expectativa de que determinada norma jurídica prevalecerá, em um cenário onde a *supremacia legal* não se coloque como princípio estruturante, i.e., onde a norma aplicável fica sempre sujeita à vontade de uma autoridade maior (seja militar, religiosa ou política), segurança jurídica não haverá. Quando muito, existirão apenas expectativas quanto às vontades e ações daqueles que detenham o poder[2].

Assim é que um raciocínio mais apurado revela que a segurança jurídica está atrelada, não ao Direito, mas ao Estado de Direito. Este, correspondente ao Direito (sem entrar nos debates quanto à sua concepção e às teorias monista, dualista ou do paralelismo) qualificado pelo princípio da legalidade, seu principal traço distintivo.

Vale recordar brevemente dos caracteres do Estado de Direito: (i) pela *legalidade*, tem-se que o Estado e suas autoridades também se submeterão à lei, do que se pressupõe que o Estado encontrará limites legais para a sua atuação (do contrário, não haveria real submissão a qualquer regra); (ii) tais limitações são entendidos pelos “limites negativos” do Estado, que conformariam os *direitos mínimos* dos particulares; (iii) todavia, para que haja obediência do Estado à lei, é necessário que aquele que a execute não seja o mesmo a julgar a sua observância, nem o responsável pela sua elaboração, do resulta no segundo caractere, correspondente à *separação de Poderes*; (iv) por fim, necessariamente parte do conteúdo normativo também não poderá estar à total mercê das autoridades legislativas, eis que a legalidade não comporta uma competência legislativa absoluta, que pudesse suprimir a própria estrutura do Estado de Direito, daí que a *supremacia constitucional* também se coloca como elemento decorrente da legalidade, pressupondo a existência de norma suprema, que disciplina e conforma os limites e competências do Poder Legislativo e dos demais Poderes. Assim, por decorrência lógica elencam-se os quatro caracteres essenciais do Estado de Direito: supremacia constitucional, separação dos poderes, garantias mínimas e legalidade[3].

Tais caracteres, cuja consubstanciação tem como marco histórico principal a Revolução Francesa, correspondem, portanto, às condições para que se vislumbre a segurança jurídica. Não por acaso, o reconhecimento de limites e o pleito pela *conservação* de direitos é facilmente percebido no Artigo 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789): “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

Bem da verdade, o que se nota é que o processo burguês de formação do Estado de Direito traduz-se justamente pela busca liberal pela segurança, com a proteção de interesses individuais (frente ao Estado e outros indivíduos) e da estabilidade contratual.

Daí que, reformando as necessárias premissas construídas no primeiro tópico, tem-se que a segurança jurídica se desapega da mera positividade^[4] - esta, traço distintivo daquilo que se entende por norma jurídica -, para se atrelar à própria noção de Estado de Direito^[5] (em oposição ao Estado Absolutista, Autoritário, Polícia, conforme designação que se prefira). Assim, “*o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual se tem um Estado meramente jurídico, orientado tão só por considerações de oportunidade*” (VILANOVA, 2003, apud VALIM, 2013).

Mesmo Kelsen, ao analisar criticamente a expressão, verga-se ao entendimento:

“Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica” (KELSEN, 2006, p. 346).

2. Considerações doutrinárias

Já estabelecidas essas noções gerais, antes de avançarmos em nossas ponderações, vale enriquecer este artigo apresentando - ainda que pontualmente - algumas propostas de abordagem desenvolvidas por acadêmicos e doutrinadores que também se debruçaram sobre o assunto (reforçando, aliás, a pluralidade de acepções possíveis, conforme alertamos acima).

Endossando nossas considerações, tanto Judith Costa (2004) como Ingo Wolfgang Sarlet (2009) colocam a segurança jurídica mesmo como elemento do Estado de Direito. A primeira, ao citar Sylvia Calmes (2001), explica que o princípio da segurança jurídica possui tal caráter de fundamento ou "razão de ser" na medida em que caracteriza um "elemento nomocrático do Estado de Direito" (2004, p. 113). Já Ingo Sarlet (2009), citando Canotilho (1999, p. 252 et seq), também a entende como subprincípio concretizador do Estado de Direito. Chega a abordá-la ainda como direito fundamental.

Helena Taveira Torres (2011) classifica a *segurança jurídica formal* como decorrência da estrutura sistêmica ou da certeza do direito, enquanto que a *segurança jurídica material* corresponderia à garantia constitucional dos direitos e liberdades fundamentais. Da soma das duas resultaria a eficácia do sistema jurídico.

Por sua vez, Fabiana Tomé (2005, p. 55, apud DACAL, 2013) traz que a função da segurança jurídica pode ser tomada por duas vertentes: (i) pela primeira, garante-se que os assuntos sejam tratados exclusivamente de acordo com o direito prescrito, sem interferência de qualquer outro interesse não contemplado pelo ordenamento; (ii) pela segunda, confere-se previsibilidade às decisões jurídicas.

Finalizando nosso percurso doutrinário, em artigo constantemente citado pela academia no trato desta temática, Barroso (2009) procura organizar a abrangência de ideias e conteúdos designadas pela segurança jurídica, separando-os em cinco diferentes planos (que ora sintetizamos), que correspondem (i) à existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) à

confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) à estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis e na conservação de direitos em face de lei nova; à (iv) previsibilidade dos comportamentos a serem seguidos ou suportados; e à (v) igualdade na lei e perante a lei.

De nossa parte, reforçamos a diversidade no trato da matéria está relacionado às extensas dimensões do conceito ora abordado, que, intrínseco ao Estado de Direito, deverá se colocar em todas as dimensões em que a aplicação e o estudo deste se apresentem. Daí que também poderá ser tomada por princípio jurídico, quando em pauta sua própria normatividade.

3. A segurança jurídica como princípio jurídico

Ainda que sem se cingir integralmente a um único referencial teórico, estabelecendo certas variações na leitura de Dworkin (2010) e o método de Alexy (2015), a doutrina costuma ser invariável no reconhecimento dos princípios como normas jurídicas centrais do ordenamento, tipicamente genéricas[6].

Justamente por veicularem (não só com carga axiológica, mas também deôntica) os valores centrais do sistema ou microssistemas jurídicos, os princípios orientam a criação (função nomogenética - NETO, 2006, p. 75), a interpretação e a aplicação desse mesmo ordenamento.

Desse modo, também a segurança jurídica se traduz em princípio ao orientar a aplicação, interpretação, e criação do Direito. Tal como já dissemos linhas acima, correspondendo a elemento central do Estado de Direito, esse axioma, inescusável, irriga todo o sistema com carga deôntica própria, transmutando-se em norma jurídica principiológica. E é justamente em observância a este princípio que se fomentam outros importantes institutos do sistema, que visam justamente à preservação da estabilidade jurídica, especialmente diante da mutabilidade do ordenamento.

Com efeito, se por um lado a segurança exige certo grau de previsibilidade, de outro é inegável que a realidade é constantemente

alterada, seja por fatores humanos ou naturais, o que impele à constante mutação do próprio sistema normativo. É reconhecendo esse cenário que se preveem institutos para a preservação da segurança jurídica, em especial diante do decurso do tempo ou da evolução normativa do sistema.

No primeiro caso, é justamente para preservar a previsibilidade e estabilidade das relações sociais que se atribuem distintos efeitos a situações consolidadas pelo decurso do tempo. Em especial, mencionamos os institutos da prescrição e da decadência, mas também, em certa medida, o da preclusão, no âmbito processual^[7].

Por outro lado, a constante evolução normativa (lato sensu: leis, sentenças, contratos, atos) exige que se preservem os efeitos previstos para situações consolidadas anteriormente a dada inovação no mundo jurídico, sob pena de se descaracterizar a própria normatividade do Direito. Assim, remetendo-nos às considerações iniciais acima, tem-se que a previsão de um conseqüente (B), na hipótese de um antecedente (A), corresponde à estrutura mesma da norma, cujo desacato acarreta na ofensa à lógica funcional da própria imperatividade do ordenamento.

Nesse sentido é que os institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e irretroatividade da lei correspondem a figuras de extrema relevância à estabilidade de um Estado de Direito. São previsões cujo princípio de criação é a própria segurança jurídica.

4. O princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro

A escassez de previsões expressas ao princípio na norma constituinte^[8] em nenhuma medida se confunde com um suposto desprestígio de sua carga axiológica. Afinal, a segurança jurídica é implicitamente lapidada em nosso texto constitucional já em seu Artigo 1º, eis que decorrência lógica do Estado de Direito, como acima tratamos.

Ademais, o Artigo 5º da Carta também reflete com intensidade esse valor. Inclusive, para José Souto Maior Borges (2002, p. 3), "o art. 5º da CF de 1988 é um outro nome normativo da segurança jurídica, todo ele o é". Já

o professor José Afonso da Silva (2009) destaca os incisos de XXXVI a LXXIII deste dispositivo como manifestações do princípio em apreço.

Deste modo, estruturante do Estado de Direito e de suas condicionantes, o valor prescinde de trato expresso. Aliás, apenas o § 1º do Art. 103-A, incluído por emenda constitucional, é que menciona diretamente o conceito, mas em seu inverso (“insegurança jurídica”), ao tratar das súmulas vinculantes.

Para reforçar, vale mencionar brevemente alguns dos institutos decorrentes do princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro (além daqueles já abordados no tópico anterior): a publicidade do texto normativo; a legalidade e a inafastabilidade de seu controle pelo judiciário; e o próprio controle de constitucionalidade (supremacia constitucional, intrínseca ao Estado de Direito, tal como já levantamos acima). Sobre o último, Carmem Lúcia (ROCHA, 2005, p. 165-172) magistralmente explica sua intrínseca ligação com a segurança jurídica:

O que contraria a Constituição é inconstitucional. O que é inconstitucional não pode valer. O que não vale não tem valor, não pode subsistir. Sem a certeza constitucional não há segurança jurídica

(...)

A segurança jurídica é, como se tem por óbvio, segurança constitucional. (...) A certeza da inviolabilidade da Constituição é a fonte da confiança no sistema normativo, que se expressa pelo princípio da segurança jurídica. Não há verdade jurídica contra a Constituição. Não se produz direito contra a Constituição. (...) O fim de todas as instituições de direito é a justiça, que conduz à segurança.

A doutrina também menciona como decorrência do princípio ora tratado as cláusulas pétreas do ordenamento (v. limites negativos mínimos, acima); a resolução senatorial no controle difuso (que busca impedir a produção de efeitos de norma julgada inconstitucional, gerando situações jurídicas contestáveis); a inexigibilidade de título executivo judicial fundado

em lei ou ato normativo considerado inconstitucional (Art. 525, § 12, da Lei nº 13.105/15I, em clara observância à supremacia constitucional); e o duplo grau de jurisdição, visando à maior cautela na apreciação da legalidade.

As súmulas vinculantes, já adiantadas acima, também não deixam de ser instrumento à preservação da segurança jurídica, o que o próprio texto constitucional expressa. A proteção da confiança (tutela da confiança, confiança legítima), muito pautada pelo Direito Administrativo e pelo Direito Civil, é mais uma de suas decorrências diretas.

No campo do direito registral, inclusive, interessante atentar que a segurança deixa de ser instrumental para corresponder à própria finalidade deste microsistema, que tem como princípios a publicidade e a continuidade registral, e.g.

Traçados os contornos e os institutos correspondentes, cumpre então verificar em que medida a segurança jurídica se coloca diante da crescente aplicação de princípios (muitas vezes diretamente a casos concretos) nessa era já tomada por “pós-positivista”.

5. A segurança jurídica e a aplicação de princípios

Robert Alexy (2015) aponta que os princípios servem como razões para regras mas também para decisões concretas. Sendo sempre razões *prima facie* (e não definitivas), se aplicados a caso concreto haveria, então, o estabelecimento de uma regra.

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio forma em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto (ALEXY, 2015, p. 108).

Sem se vincular rigidamente a uma teoria específica, mas seguindo tendência também vista em outros países, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tem conferido um caráter de proeminência aos princípios em

nosso ordenamento, não somente em sua hermenêutica, mas reconhecendo a possibilidade de sua aplicação imediata a casos concretos.

No Brasil, essa postura pós-positivista, especialmente por parte dos magistrados, tem sido alvo de constantes críticas, e frequentemente tem sido atrelada a uma atuação mais ativa do Judiciário, alcunhada de “intervencionismo” ou “ativismo judicial”.

Não utilizamos essas expressões no presente trabalho. A primeira, porque já atrai, de plano, um caráter negativo, impróprio à função jurisdicional (que se manifesta somente quando provocada, diante de suposta lesão ao Direito). Independente da correção da decisão, ou dos limites que o magistrados se impõe, falar em intervenção já traz um certo contrassenso^[9].

Por outro lado, o “ativismo judicial” não é expressão que encontre delimitação pacífica. Quando tomado pela “recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes” (MARSHALL, William apud TAVARES, 2008, p. 7717), certamente revela-se inapropriado. Porém, quando entendido pela “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais” (BARROSO,2012), será mais acertado.

Na indefinição desses conceitos, preferimos não utilizá-los, até porque a discussão daquilo que se toma por ativismo ou intervencionismo judicial - inadequados ou não - centra-se nos limites e conflitos quanto às competências constitucionais, não se restringindo à aplicação dos princípios.

Exclusivamente em relação aos princípios, como já adiantamos, a problemática diz respeito à sua aplicabilidade imediata aos casos concretos, sua eficácia, reconhecida de forma ampla por parte da doutrina brasileira (como será visto adiante), o que tem baseado também entendimentos jurisdicionais nesse sentido - inclusive mediante o afastamento de regras expressas - e levantado o questionamento quanto à (in)observância da devida segurança jurídica.

Assim, para enfrentar a questão, é necessário partir de duas premissas: (i) não se trata aqui da contraposição da segurança jurídica à proeminência dos princípios em geral, eis que, ela própria (reconhecendo sua normatividade), é tomada por princípio; (ii) a discussão se coloca no âmbito do Estado Democrático, com hierarquia valorativa própria.

É nesse sentido, analisando como o princípio da segurança jurídica se coloca em relação aos demais princípios do Estado Social e Democrático de Direito, que a questão deve ser aventada.

5.1 O princípio da segurança jurídica no Estado Social e Democrático de Direito

Após trazer a acepção da segurança jurídica como elemento central do Estado de Direito, em suas diversas dimensões, torna-se necessário também averiguarmos como esse valor se manifesta nos Estados contemporâneos, que superam o liberalismo clássico. Que o valor remanesce como central a qualquer Estado de Direito é inegável, pela própria concepção acima tratada. No entanto, também é pacífico que esse princípio passa por uma nova inflexão, correspondente à alteração da hierarquia valorativa e definição de objetivos próprios dos Estados Sociais Democráticos. É sempre sob essa perspectiva que a valoração da segurança jurídica deverá ser realizada.

Anote-se que as considerações feitas nesse tópico poderiam, conforme o caso, ser aplicadas também a outros ordenamentos. Todavia, traçaremos todo o raciocínio tendo por referência a Constituição Federal de 1988 e o Direito Brasileiro.

No amplo processo de redemocratização brasileiro, que buscou convergir a sociedade para a construção de um novo regime constitucional, reconhecendo a realidade social brasileira, com gritante desigualdades - também com inspiração no Estado Social^[10] -, e buscando uma transição pacífica naquele cenário, acabou-se por aprovar a constituição de um Estado com objetivo declarado de justiça social, desenvolvimento, erradicação da pobreza e bem-estar social, sendo vedada qualquer forma de discriminação (Art. 3º da Carta).

Trata-se da instituição do Estado Social e Democrático de Direito. E em que pesem eventuais discussões terminológicas[11], o que importa é reconhecer que o Estado Brasileiro agora se funda na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo (Art. 1º da Carta), com fins sociais claros.

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2009, p. 120).

A finalidade no bem-comum (também considerada como próprio elemento do Estado, conforme entendimento seguido), deixa de se restringir à estabilidade e segurança das relações, das propriedades, dos direitos liberais (os limites negativos à atuação estatal, conforme abordamos acima), adotando também inegável caráter social[12], abrangendo a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do desenvolvimento nacional.

Por outro lado, extraindo sua legitimidade da soberania popular (“todo o poder emana do povo”), o regime democrático tem como premissa a igualdade (entre os titulares primeiros do poder) e como fundamento central a dignidade da pessoa humana.

Assim, o nosso Direito - todo ele - se verga às finalidades expressas no Art. 3º e aos fundamentos do Art. 1º da Carta. A partir desses valores defluem-se, até por lógica, uma série de princípios que passam a orientar toda a normatividade do novo sistema constituído, aí incluída a ordem econômica, financeira, social, urbana, rural e ambiental.

E não somente as fontes legislativas, mas todo o ato que carregue força jurídica se submete a tal valoração, pois deve respeito à base jurídica-constitucional que o fundamenta, inclusive os atos do Poder Público (em sentido amplo, os atos administrativos normativos ou

concretos), e dos particulares (também em sentido amplo, abrangendo as declarações e os negócios jurídicos).

A função social da propriedade e a função social do contrato nada mais são que expressões de toda essa valoração. Em última instância, são esses valores que conformam a autonomia privada e a atividade econômica em geral[13].

É considerando essa valoração que o Poder Judiciário deve se manifestar quando provocado, observando a obediência das normas (novamente, em sentido amplo: leis, atos administrativos, negócios) a esse ordenamento. No âmbito privado, surge-se a noção de horizontalidade da “constitucionalização” do Direito Civil. No público, alega-se a “intervenção” do Judiciário.

O que se tem, na realidade - e aqui não estamos analisando a correção ou incorreção de cada decisão -, é que o exame de cada ato jurídico deverá alcançar a perquirição quanto ao lastro normativo capaz de lhe conferir certa positividade, vinculação. Caso o ato esteja na contramão dos fundamentos e objetivos do Direito, esse mesmo ordenamento não lhe conferirá força jurídica. Rompe-se o lastro (e.g. declaração de nulidade, invalidação, anulação, conforme o caso), descabendo ao Judiciário o reconhecimento, a constituição ou execução pretendidas[14].

A segurança[15], como *finalidade* do Estado Liberal, que visava proporcionar a estabilidade, previsibilidade e liberdade necessárias ao desenvolvimento das relações burguesas, passa agora a ser vista como *meio* à perseguição de objetivos sociais, do bem-estar social, da justiça social, enfim. Esses valores adquirem preponderância.

Vale dizer, a ideia do Direito como meio (e não um fim em si mesmo) é veiculada a despeito da acepção do Estado Social, especialmente pela doutrina que entende que a finalidade no bem-comum é elemento próprio do Estado (MALUF, 2016, p. 329)[16]. Todavia, veja que no Estado Social e Democrático, esses fins recebem orientação própria. A segurança, a ordem e a certeza hão de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social (SILVA,, 2004, p. 30)[17].

Não há, veja, um desprestígio na segurança jurídica como valor do Estado de Direito, mas sim o reconhecimento de outros valores como finalidade desse Direito. Aquela é reconhecida como valor imediato (NADER, 2015 p. 16). É nessa perspectiva que o princípio correspondente deverá ser sopesado no Estado Democrático, sem prejuízo de tudo que já se disse nos tópicos predecessores.

5.2 A aplicação de princípios gera insegurança jurídica?

Pode-se argumentar que a aplicação do Direito através dos princípios vai em sentido oposto, provocando insegurança jurídica, na medida em que gera imprevisibilidade das decisões judiciais, eis que cada magistrado valer-se-ia de métodos e parâmetros próprios. Por outro lado, o caráter aberto dos princípios permite que o magistrado invoque também ideologia pessoal em seu decisum. Por fim, há ainda a possibilidade de decisões teratológicas, em ofensa à competência dos demais poderes.

Todavia, tais questões giram em torno da problemática da função jurisdicional como um todo e não propriamente ao desenho que se faz do Estado Social e Democrático de Direito e o papel de seus valores e princípios.

Por se deparar com conflitos e casos concretos ilimitados, o Judiciário sempre apresentará certa medida de imprevisibilidade. A própria natureza conflitiva do objeto sub judice é fator dessa imprevisão. Nem mesmo no eventual raciocínio dedutivo as respostas são dadas de forma automática pelo ordenamento: “a verdade factual está sempre submetida a valoração” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 344), assim como as premissas a serem invocadas.

Ao tratar do surgimento do Poder Judiciário na estrutura do Estado, Attié Junior (2008) já mencionava a “ficção da imparcialidade” como intrínseca à jurisdição moderna. “Mas é importante sempre ter presente que se trata de uma ficção, para evitar que tal posição (um artifício) venha a ser cobrada como verdadeira, levando a uma esquizofrenia pessoal ou social” (2008, p. 407). Para o autor, as formulas legais acabam contribuindo para mascarar essa ficção.

É um papel [do magistrado], em verdade difícil de desempenhar, por tencionar constantemente aquilo que são os desejos e interesses, existentes na pessoa que julga, e a sua necessidade se distanciar deles, para decidir sobre paixões e interesses alheios (ATTIÉ JUNIOR, 2008, p. 407).

Toda regra traz em seu conteúdo um valor, um propósito. Nem todo texto legal, todavia, acaba revelando facilmente esse conteúdo. A norma principiológica, entretanto, tem seu valor escancarado[18]. Quando a estrutura discursiva do decisor se vale da alusão a princípios jurídicos - não que isso seja suficiente ou ideal na totalidade dos casos - os valores são trazidos à luz, favorecendo o contraste quanto à (in)adequação da ideologia a qual o magistrado se apegou.

Paulo Nader, visando contrapor direito escrito ao costumeiro, acaba trazendo interessante observação nesse sentido “É um pouco relativa a ideia de que o Direito-escrito conduz ao saber a que se ater, porque, inicialmente, em sua abstratividade, geralmente a lei não explicita todas as hipóteses de sua aplicação” (2015, p. 45).

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, anotava que “a lei, no Estado Legal, se amesquinha reduzida ao papel de instrumento político” (1988, 45), sendo utilizada para que um grupo imponha seus interesses aos demais. Pouco importaria o conteúdo de justiça por ela veiculado.

Disso resulta, conforme assinaei, uma luta pela lei que substitui a luta pelo Direito. Nesta luta, travada nos corredores do Parlamento, sobretudo quando nenhum partido, é, sozinho, majoritário, todos os meios de persuasão e de pressão costumam ser empregados. É essa a própria razão de ser dos grupos de pressão ou interesse.

A politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gera leis irracionais. Este “irracional”, aponta Terré, “observa-se quando se vê a qual ponto o legislador quer tudo, e seu contrário”. R

o mesmo autor assinala a existência de “leis inúteis, leis perigosas, leis-gadget, leis de papel (paper’s laws)”.

(...)

O lícito e o ilícito assim flutuam, desorientando e confundindo a todos os que querem curvar-se à lei. Com esta flutuação desaparece a segurança, porque se abala a certeza do Direito (p. 47).

Não se pretende aqui o desprestígio absoluto da regra, mas apenas demonstrar que a certeza jurídica não estará necessariamente atrelada a sua observância. Isso reforça a importância de sua submissão aos valores que fundamentam sua existência e validade. E vale anotar: estamos tratando da aplicação *ideal* do Direito. Este trabalho não pretende rumar ao casuísmo, pincelando sentenças ou acórdãos fundamentados (adequada ou inadequadamente) em princípios, para desenvolver argumento generalizador favorável ou contrário a essa tese.

O que se entende, de plano, é que os princípios basilares do ordenamento (até mesmo por não estarem sujeitos à absoluta atuação do Legislativo - as constantes revogações, manipulação, e amesquinamento, acima tratados), tendem a propiciar uma maior certeza ao Direito, como adiante reforçaremos.

5.3 A aplicação de princípios e a efetiva consecução da segurança jurídica no Estado Social e Democrático de Direito

Certas atividades são disciplinadas por normas que acabam girando em torno de valoração própria (além dos valores gerais do ordenamento), tal como o Direito Registral (e o princípio da continuidade registral, e.g.), ou Direito Ambiental (princípio da precaução, do polidor-pagador). Nesses casos, os princípios possuem a clara relevância de orientar a aplicação do Direito de acordo com as perspectivas de cada matéria, trazendo coerência a sua disciplina.

Mas é certo que o maior destaque é dado aos princípios constitucionais, especialmente aqueles decorrentes da fundamentação

basilar do Estado Democrático de Direito, como acima já anotamos, justamente por estarem dotados da carga axiológica máxima do ordenamento. Também assim os direitos fundamentais da pessoa humana^[19] (e é isso que está em jogo), até por sua amplitude, frequentemente são declarados ou designados por princípios, o que só reforça a importância de sua observância, mesmo que afastando regras expressas. Aliás, quando em pauta a violação de princípios fundamentais (constitucionais), estar-se-á normalmente tratando do controle (difuso ou concentrado) de constitucionalidade, essencial à segurança do regime democrático.

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição (ALEXY, 2015, p. 546).

Cumprir lembrar que o fenômeno da normatividade dos princípios ganhou força no período Pós Segunda Guerra, quando o positivismo puro passou a ser questionado e ficou clara a importância da preeminência dos princípios sobre as regras, sob risco de ofensa aos mais íntimos valores da humanidade. Naquele momento, a discussão sobre os direitos humanos

passou a receber a merecida importância dos Estados, que passaram a elevar os valores humanos ao grau máximo dos ordenamentos jurídicos do Estado Democrático de Direito, reconhecendo seu caráter deontológico através dos princípios, consagradores daqueles valores e que dariam sentido teleológico ao sistema.

Nas constituições contemporâneas, a adoção expressa de princípios (mesmo que sem a utilização do termo específico) tem, em última instância, mitigado o conflito com as apreensões positivistas. Sem prejuízo, o que nunca deve se perder de vista é que toda a valoração, seja por princípios explícitos ou implícitos, sempre deverá se coadunar à carga principiológica essencial ao Estado Democrático, tal como anotamos em tópico anterior.

Ater-se a tais valores permite a leitura quanto à adequação das decisões, bem como - estando as manifestações judiciais adstritas àqueles - fomenta um cenário de certeza jurídica mínima. A ideologia (conjunto hierarquizado de valores^[20]) do Estado Social e Democrático de Direito acaba delimitando as interpretações e trazendo certa rigidez à aplicação do Direito.

José Afonso da Silva (2009, p. 15-2), assenta que levar em conta a feição social estabelecida pelo Estado Democrático (o autor prefere essa designação a "Estado Social e Democrático de Direito") é crucial para que a ordem e a certeza não derivem para o arbítrio.

Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2007), a almejada segurança jurídica somente será obtida caso as normas pertencentes a um sistema jurídico sejam aplicadas em sintonia com os princípios constitucionais que informam esse sistema, o que permite certeza e igualdade indispensáveis à segurança.

Cabe encerrarmos nossas referências doutrinárias com o entendimento de Carmem Lúcia Antunes Rocha, que resume didaticamente a ideia ora esposada: "a segurança jurídica pode ser considerada como a certeza do indivíduo na correta aplicação dos valores e princípios de justiça absorvidos pelo sistema de direito adotado em determinada sociedade" (1997, p. 191).

Não há, portanto, conflito entre a aplicação dos princípios jurídicos e a segurança jurídica (e institutos dela decorrentes) em nosso Direito. O respeito àqueles resultará na observância, e na própria razão, desta.

6. Considerações finais à guisa de conclusão

É inevitável que em um país altamente demandista, com uma administração e, especialmente, um poder legislativo, ora ineficiente, ora desviante, que constantemente produz normas ou atos viciados, ilegais ou violadores da constituição, os princípios tenham um caráter de protagonismo.

Criticar, de plano, a superação do positivismo puro no emprego de princípios jurídicos pelos magistrados, em uma suposta defesa da segurança jurídica é, então, um contrassenso. Não somente porque a segurança jurídica é, em si, um princípio constitucional implícito, mas porquanto cabe ao Judiciário, acima de tudo, proteger a segurança aos valores e fundamentos máximos do ordenamento.

A violação a esses fundamentos (direitos fundamentais, princípios do Estado de Direito), ferem frontalmente a estrutura e os objetivos do Estado, e, especialmente, a própria segurança jurídica.

Toda a nossa afirmativa não deve gerar a suposição de que não se deva discutir os limites, meios de controle, pacificação de temas difíceis, visando a certeza jurídica (como meio), e o respeito aos princípios republicanos basilares (como fim). O magistrado não pode se tornar um déspota e deve mesmo ser responsabilizado quando afasta esses valores se apega a interesses ou crenças pessoais (seja de que caráter for - religiosas, políticas, ideológicas).

Todavia, a problemática concernente a tais incertezas, incorreções ou mesmo arbitrariedades na aplicação do Direito não decorre propriamente dos princípios, mas são inerentes à própria noção do Judiciário como Poder Constitucional e às atribuições que lhe são conferidas.

Jamais se olvida a necessidade de aprimoramento. No entanto, as tentativas de refinamento dos métodos, ponderações, mesmo que através de condutas ou diretrizes impostas em regras escritas, deverão ser realizadas com a cautela devida e sempre considerando o papel da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

Uma tentativa recente - encerremos nossas notas com essa última polêmica - é a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), promovida na tentativa de "elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público" (conforme Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015)[21]. A despeito de alguns avanços - e mesmo deixando de lado eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade de certos dispositivos -, o fato é que os novos artigos confundem uma primeira vista e devem ser objetos de estudo doutrinário e complexa hermenêutica. O emprego exagerado de conceitos indeterminados atraem uma confusão de sentidos nos dispositivos como um todo e não se sabe exatamente o que se pretende alcançar.

Para evitar que aquelas alterações resultem em soluções indevidas, a recomendação é que nos apeguemos aos princípios, de valoração mais clara. (E aí valeu o exemplo trazido). Mais uma vez, o protagonismo dos princípios se manifestará.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Luiz Fernando Camargo Prudente do. **Adimplemento substancial: uma forma de segurança jurídica contratual**. Tese de Doutorado (Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

ATTIÉ JUNIOR, Alfredo. A Magistratura. In: LEMOS FILHO, Arnaldo. et al (organizadores). **Sociologia Geral e do Direito**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BORGES, José Souto Maior. Marcos Juruena Villela. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002.

DACAL, Leoncio Ogando. **Limites procedimentais da posituação e realização da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, núm. 11, p. 195-242, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão dominação**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

KELSEN, Hans Kelsen. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a**

segurança como crédito de confiança. Revista CEJ, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Editora Forense, 2015.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo.** 14^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. **O controle da constitucionalidade e a segurança jurídica.** Dissertação de Mestrado (Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro.** R. Dir. Administrativo, Rio de Janeiro, p. 189-222, jul./set. 1997.

_____. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Belo Horizonte, Fórum, 2005.

____ (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** 2^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: . Acesso em: 11 maio 2018.

____. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 15-30.

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Prefácio. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Ed. Malheiros, 4ª Ed, 2007.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (

Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOTAS:

[1] “Positividade do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto de sua certeza. Não pode haver direito certo que não seja positivo; e, do mesmo modo, pode dizer-se que assim como a positividade é da essência do próprio conceito dum direito certo, assim é da essência do direito positivo o ser certo” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 187 apud PAVAN, 2005).

[2] Há quem entenda que a segurança jurídica subsista mesmo fora do Estado de Direito, ainda que em níveis baixos (na esfera do direito privado, como reflexo de suas raízes romanas). Para Almiro do Couto e Silva (2004, p. 271-315): “Nos modernos regimes autoritários, como na Alemanha nazista ou na Rússia de Stalin, era semelhante ao que ocorria no Estado Absolutista. Nesses países e em outros que copiaram ou que ainda copiam seus modelos (China, Cuba etc.) por certo que em um oceano de ‘não direito’ podemos encontrar ilhas ou até mesmo continentes de ‘direito’, mas quase que exclusivamente nos domínios do direito privado, ou seja, nas relações entre os indivíduos. Nesse âmbito mais restrito será admissível falar em segurança jurídica, a qual, entretanto, é praticamente inexistente nas relações entre as pessoas e o Estado”.

[3] De forma mais didática em: SUNDFELD, 2007, p. 37-39.

[4] Conforme raciocínio bem desenvolvido por RADBRUCH (apud PAVAN, 2005), em nossa nota de rodapé n. 1.

[5] Vale ressaltar: a segurança jurídica não se confunde com a estabilidade social e institucional de Estados totalitários (teocratas ou autocratas), pois a previsibilidade e expectativa de segurança, nesses casos, estariam vinculadas à inércia das vontades dos governantes, bem como às capacidades militar e de conservação do poder - sem relação com as condições intrínsecas ao Estado de Direito que apresentamos.

[6] Ainda que não estejamos adstritos à teoria de ALEXY (2015), que toma os princípios como *mandamentos de otimização*, acertada é a constatação de que a generalidade, ainda que seja típica, não é decisiva para o conceito de princípio (ALEXY, 2015, p. 90). Com efeito, mesmo no

atual ordenamento jurídico brasileiro, é possível a identificação de princípios com grau de generalidade maior ou menor (e.g. o princípio da moralidade e o princípio da motivação, respectivamente), o que não os definirá *mais* ou *menos* como princípios.

[7] Sem adentrar na conceituação de cada um deles, note-se apenas que tais institutos serão disciplinados e moldados de acordo com a evolução histórica e a carga ideológica de cada sistema. A exemplo, a prescrição tem contornos manifestamente distintos no Direito Penal e no Direito Ambiental, sendo muito mais significativa no primeiro, conforme a política criminal desenvolvida. Da mesma forma, a feição desse instituto também sofrerá intensa variação de acordo com a evolução política, histórico e social (e com as necessidades) de cada Estado. O que se tem, todavia, é que tais figuras são sempre instituídas a favor da segurança jurídica.

[8] A Carta emprega o vocábulo “segurança” apenas em locuções de alcance mais restrito (segurança pública, nacional, alimentar, de edificações, do trânsito), mas sem relação direta com o conceito à baila.

[9] A expressão talvez possa ser empregada nas decisões que tomam por objeto políticas públicas, quando se discute eventual inobservância das competências constitucionais, especialmente do Poder Executivo, mas que não será objeto do presente trabalho, e tampouco se restringe à aplicabilidade dos princípios.

[10] O *Welfare State*, ou Estado Providência, desenvolvido em países europeus (e, à época, já em debate com o movimento neoliberal). José Afonso da Silva não recebe bem a expressão, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, já englobando o valor da “justiça social” (SILVA, p. 115-121).

[11] José Afonso da Silva (2009) prefere se referir a “Estado Democrático”. Carlos Ari Sundfeld (2007) usa a expressão “Estado Social e Democrático de Direito”. A nomenclatura dependerá de cada critério adotado e não estenderemos o debate. O que é relevante, todavia são os valores e princípios em tela.

[12] O “qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (VERDÚ, 1975, p. 55, apud SILVA, 2009, p. 115).

[13] Não se reconhecerá a validade (submissão ao a esse Direito), por exemplo, às cláusulas contratuais abusivas, com finalidades antissociais, ou que provoquem um desequilíbrio que leve à penúria alguma das partes. Do mesmo modo, o desenvolvimento econômico individual sempre observará a função social da empresa, da propriedade industrial, intelectual, a proteção da concorrência e ao desenvolvimento nacional.

[14] Isso não implica, por lógico, na impossibilidade de se analisar criticamente cada decisum, bem como de se propor instrumentos gerais visando ao maior controle sobre as manifestações judiciais (exigindo motivações claras e razoáveis), uniformização jurisprudencial, e mesmo uma maior responsabilização dos magistrados (v. Art.143 da Lei nº 13.105 de 2015).

[15] Estamos a nos referir à segurança jurídica tal como acima conceituamos. Por óbvio, a segurança pública, nacional, alimentar, de edificações, do trânsito, também serão vistas como *finalidade* no Estado Social e Democrático, e não como *meio*, eis que abrangidas pelo bem-estar social colocado como objetivo máximo deste Estado.

[16] Veja também Regina Maria Macedo Nery Ferrari, com referência a Recaséns Siches e César García Novoa: “o Direito, a partir do ponto de vista formal, não é um fim, mas um meio para assegurar a realização de certos fins que os homens reputam como de indispensável cumprimento” (2007, p. 201).

[17] “Modernamente o Direito se justifica também por outras metas a serem alcançadas e que vão desde a necessidade de se distribuir a justiça de um modo mais amplo, não adstrito à chamada justiça comutativa, que se orienta pela igualdade aritmética, mas contemplando ainda a justiça social” (NADER, 2015, p. 10).

[18] O conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico (ALEXY, p. 109).

[19] “Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”. Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta” (ALEXY, p. 86).

[20] Emprestando a noção de Ferraz Junior, 1994, p. 344

[21] A elaboração do projeto contou com a contribuição do ilustre professor e jurista Carlos Ari Sundfeld (a quem temos deferência), constante crítico da abordagem dos princípios por parte da doutrina brasileira e da forma que tem sido aplicados pelos magistrados.

A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO

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 versa sobre a Revolução Industrial. Tem como escopo demonstrar a ligação entre este momento histórico e o surgimento do Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Revolução Industrial. Origem do Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Revolução Industrial é tida como um divisor de águas, eis que impulsionou uma era de forte crescimento econômico das potências capitalistas, notadamente na Grã-Bretanha. Este período, nos séculos XVIII e XIX, foi marcado pela substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso de máquinas.

No trabalho artesanal, em geral, eram utilizadas apenas máquinas simples e o indivíduo participava de todas as etapas do processo produtivo. Com a Revolução, os trabalhadores perderam o controle deste processo, já que passaram apenas a controlar máquinas que pertenciam aos donos dos meios de produção.

Este contexto alterou profundamente as condições de vida do trabalhador e criou as bases para o surgimento do Direito do Trabalho.

2. Desenvolvimento

As demandas produtivas deste contexto da Revolução Industrial provocaram o deslocamento de grande parcela da população rural para as cidades, criando enormes concentrações urbanas. Em razão da inexistência

de políticas públicas e de estrutura adequada destas cidades, os trabalhadores viviam em condições desumanas, amontoados em instalações precárias.

Ademais, a situação era agravada pela total ausência de normas de proteção ao trabalhador o que gerava a superexploração pelos empregadores. Eram submetidos a jornadas extenuantes de trabalho e recebiam salários muito baixos.

Ressalta-se que o trabalho da mulher e de crianças e adolescentes também eram fortemente explorados. De acordo com o Prof Gustavo Felipe Barbosa Garcia:

De forma semelhante ao trabalho da mulher, embora de modo até mais marcante, observa-se durante a Revolução Industrial, principalmente no século XIX, a utilização do trabalho infantil, em péssimas condições, causando sérios prejuízos ao desenvolvimento físico e psicológico da pessoa.

As crianças e adolescentes eram expostos a trabalhos prejudiciais à saúde, com extensas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a própria vida, com salários inferiores aos pagos aos adultos.^[1]

Este ambiente hostil gerou a união dos trabalhadores que individualmente não possuíam força para realizar qualquer tipo de negociação com os empregadores. A própria aglomeração de pessoas em moradias precárias e as condições de trabalho que eram comuns a grande maioria dos trabalhadores facilitaram esta aproximação.

A limitação da jornada de trabalho foi uma das principais reivindicações comuns. Salienta-se que eram obrigados a trabalhar entre 12 a 16 horas diárias.

Os trabalhadores de forma coletiva passaram a ter um instrumento de pressão em face dos empregadores, que era exatamente a sua energia

de trabalho. Entre outros movimentos dos trabalhadores surgiram os primeiros movimentos de greve.

Cabe ressaltar também que a Revolução Industrial propiciou a afirmação da relação de emprego como a base do sistema econômico capitalista. Sendo este o marco de surgimento do direito do trabalho. Neste sentido, o Ministro Maurício Godinho Delgado:

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia. Esse instante de hegemonia — de generalização e massificação da relação de emprego no universo societário — somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América; somente se afirma, portanto, ao longo do século XIX.^[2]

3. Conclusão

Portanto, é flagrante que a Revolução Industrial é causa direta do surgimento do Direito do Trabalho, que nasce com a função de proteger o trabalhador e o próprio sistema produtivo, trazendo equilíbrio à relação capital-trabalho.

Destaca-se que são bases do ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual o desenvolvimento econômico e social deve ser pautado, o valor social do trabalho e a livre iniciativa (art 1º, IV, CRFB/88). Outrossim, é imprescindível homenagear-se sempre o postulado máximo da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CRFB/88; DUDH e CADH).

Neste sentido, transcrevo a ótima síntese elaborada pela Dra. Vólia Bonfim:

O Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.

O direito comum (civil), com suas regras privadas de mercado, não mais atendia aos anseios da classe trabalhadora, oprimida e explorada diante da explosão do mercado de trabalho ocorrido em virtude da descoberta da máquina a vapor, de tear, da luz e da conseqüente revolução industrial. Em face da mecanização do trabalho já não mais se exigia o aprendizado em um ofício ou profissão. Qualquer "operário" estaria apto para o trabalho e sua mão de obra mais barata, seu poder de barganha, em face dos numerosos trabalhadores em busca de colocação no mercado, era ínfimo.

(...)

A partir daí nasce o Direito do Trabalho com função tutelar, econômica, política, coordenadora e social. Tutelar, porque visa proteger o trabalhador e reger o contrato mínimo de trabalho, protegendo o trabalhador de cláusulas abusivas, garantindo-lhe um mínimo. Econômico, em face da sua necessidade de realizar valores, de injetar capital no mercado e democratizar o acesso às riquezas, de abalar a economia do país. Coordenadora ou pacificadora, porque visa harmonizar os naturais conflitos entre capital e trabalho. Política, porque

toda medida estatal coletiva atinge a toda população e tem interesse público. Social, porque visa à melhoria da condição social do trabalhador, da sociedade como um todo.^[3]

4. Referências Bibliográficas

BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 12. Ed. Re.,atua e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOTAS:

^[1] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 12. Ed. Re.,atua e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1103.

²DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017. p. 92.

^[3] BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. p. 53.

CONSUMIDOR SEGUNDO A TEORIA FINALISTA APROFUNDADA

KENNY DÁVIO MOTA RIBEIRO: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ÂNGELA ISSA HAONAT^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A teoria finalista aprofundada ou mitigada amplia o conceito de consumidor incluindo todo aquele que possua vulnerabilidade, seja ele pessoa física ou jurídica. Decorre da mitigação dos rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou desvantagem em face do fornecedor. Assim, o conceito-chave na teoria do finalismo aprofundado é a presunção de vulnerabilidade, seja ela informacional, técnica, jurídica ou socioeconômica, desde que produza efeitos que enfraqueçam o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

Palavras-Chave: Teoria finalista mitigada. Vulnerabilidade. Consumidor. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: The mitigated finalist theory expand the concept of consumer including anyone who has vulnerability, whether individual or legal person. It results from the mitigation of the rigors of the finalist theory to authorize the Consumer Protection Law incidence in cases where the person, despite not being technically the final consumer of the product or a service, is in a situation of vulnerability or disadvantage in comparison with the supplier. In this way, the key concept of the mitigated finalist theory is the presumption of vulnerability, whether informational, technical, legal or socioeconomic, as long as it produces effects that weaken the subjects of law, unbalancing the relation of consumption.

Keywords: The mitigated finalist theory. Vulnerability. Consumer. Consumer Protection Law.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) surgiu no momento em que se verificou desigualdade na relação entre consumidor e o fornecedor. Esse Código atua como ferramenta essencial na regulamentação das relações jurídicas oriundas da contratação em massa, contratação esta que resultou na vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor numa relação de consumo.

A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do Direito. Diante disso, é preciso compreender e analisar os elementos básicos da relação de consumo: consumidor, fornecedor, produtos e serviços, bem como os objetivos e princípios orientadores da tutela do consumidor.

O Direito do Consumidor surge a partir do interesse de se criar uma legislação jurídica eficiente e coerente, capaz de possibilitar a proteção do consumidor nas relações de consumo, proteção da vulnerabilidade, marcada pelo consumismo, que se tornou parte integrante das sociedades modernas, o que permite aprofundar o assunto dentro da relação existente entre consumidor e fornecedor.

A fim de promover a discussão e elucidação do tema em epígrafe, adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica para confecção do presente de forma científica. A doutrina, a jurisprudência e a própria legislação consumerista foram as principais fontes da pesquisa.

Para desenvolver o assunto divide-se o trabalho em duas partes sendo que, na primeira parte dar-se aprofundamento para esclarecer sobre os elementos básicos da relação de consumo. Na segunda parte, que é foco principal deste trabalho, foi realizada análise da teoria finalista aprofundada com fulcro na vulnerabilidade do consumidor.

1 DO CONSUMIDOR

O art. 2º do CDC estabelece a definição jurídica de consumidor, o qual subdivide-se em quatro definições que mutualmente se completam, a saber: a) o consumidor padrão, *standard*, (caput art. 2º); b) o consumidor para efeitos de tutela coletiva (parágrafo único do art. 2º); c) o consumidor equiparado para efeito de acidente de consumo (art. 17); d) e o consumidor

equiparado para efeitos de exposição à práticas comerciais abusivas (art. 29)[2].

A simples definição legal permite uma rápida interpretação, conforme disposto no art. 2º do Código: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. " O dispositivo esclarece que podem existir situações em que o consumidor possa ser, além da pessoa física que adquire produto ou serviço, uma empresa, um profissional liberal ou empresário (Pessoa jurídica). Contudo, existe maior dificuldade em relação à interpretação literal do termo destinatário final.

Vê-se que tal conceituação é a que mais se aproxima da adotada pelo Código, vez que acentua tão somente o aspecto econômico-jurídico do termo, levando-se em consideração tão somente o sujeito que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços a fim de atender suas próprias necessidades e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial.

Sendo assim, considerando-se os aspectos em que se pode reconhecer o consumidor, seja sob o aspecto econômico conforme adotado pelo código, como também no sentido sociológico, quando qualquer indivíduo frui ou utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social, ou ainda no sentido psicológico, sobre o qual se estudam as reações do indivíduo a fim de se individualizarem os critérios para produção e as motivações internas que o levam ao consumo, e em última análise, sob a ótica filosófica que visa sempre ceder-se às sugestões veiculadas pela publicidade, ou seja, estar sempre de acordo com o consenso imposto, bem como alienar-se ante a apologia da sociedade de consumo.[3]

O conceito de consumidor conforme observa Marques et al (2010, p. 105)

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional,

comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.

O legislador brasileiro preferiu trazer, em princípio, uma definição mais objetiva de consumidor no art. 2º, *caput*. Sendo necessário interpretar a expressão “destinatário final”. Para Marques et al (2010, p. 105)

Destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (*Endverbraucher*), aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviço. Ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com o fim de obter lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? A definição do art. 2º do CDC não responde a pergunta: é necessário interpretar a expressão “destinatário final”. Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluso no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço.

A definição de consumidor não se resume sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, conforme dispõe o *caput* do art. 2º do CDC que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, como também visa proteger toda uma coletividade, conforme o parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29 do CDC

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Na definição trazida pelo art. 17 da lei consumerista, trata-se das vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas. Já a definição do art. 29 trata sobre a proteção do consumidor para as práticas comerciais, isto é, basta à mera exposição do sujeito a mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de produtos e serviços até o destinatário final, seja pessoas determináveis ou não, para que se esteja diante de uma relação de consumo a merecer a cobertura do Código.

Conforme ensina o art. 81 do CDC, a lei visa uma proteção ou defesa individual do consumidor, mas também uma defesa coletiva, e seu parágrafo único esclarece

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar

de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Para Marques et al (2013, p. 93) há duas correntes doutrinárias quanto à definição do consumidor e, daí, do campo de aplicação do CDC: os finalistas e os maximalistas. De acordo com a teoria finalista, a definição de consumidor requer uma tutela especial, vez que este é a parte vulnerável nas relações de contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC. Neste caso, por exemplo, uma empresa que utiliza dos serviços de cartão de crédito e débito para facilitar vendas aos consumidores finais, não haveria a exigida “destinação final” do serviço prestado pela administradora de cartões, e sim consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição, conforme afirma o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na ementa que se segue

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTAO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial

conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (STJ – REsp 541.867/BA – 2º S. – rel. p/ o acórdão Min. Barros Monteiro – julgamento 10.11.2004 – DJ 16.05.2005).

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial o polo mais vulnerável nas relações de consumo.

Já os maximalistas defendem que as normas consumeristas devem ser instituídas para todos os agentes, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, de maneira geral para atingir a um número cada vez maior de relações no mercado. De acordo com Marques (2013, p.95) “Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza o serviço”. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que retira do mercado e utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de tecidos que compra algodão para reutilizar e a destrói.

Segundo esta teoria, todo e qualquer contratante seria vulnerável pelo simples fato de pactuar uma adesão, contrato pré-elaborado por ambas as partes ou por uma delas e aceita pela outra. Diante dos métodos contratuais massificados, para presumir a vulnerabilidade do outro, faz-se necessário a prova no caso concreto. Como exemplo, observa-se na ementa que se segue

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE FOTOCOPIADORAS FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. APLICAÇÃO DO CDC. TEORIA MAXIMALISTA. CONSUMIDOR

COMO DESTINATÁRIO FINAL DO PRODUTO. TESE MAJORITÁRIA NESTE TRIBUNAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. PERDAS E DANOS QUE PODEM SER COBRADOS EM AÇÃO AUTÔNOMA. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. Para a teoria maximalista, basta que o consumidor seja o 'destinatário final' dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo-se aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, como também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja finalidade de revenda. "À luz da teoria maximalista, predominantemente aplicada por este egrégio Tribunal de Justiça, basta que a pessoa física ou jurídica enquadre-se no conceito de destinatário final fático do produto ou serviço adquirido para que sejam aplicadas as disposições constantes no CDC." (TJSC. Agravo de Instrumento n., de Curitiba. Relatora: Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA. Decisão em 05/06/2007). A rescisão contratual ocorreu no momento em que a locatária notificou, efetivamente, a locadora de seu intuito e não quando a locadora retirou o equipamento do estabelecimento comercial daquela. Do contrário, ficaria a locatária, consumidora, à mercê da boa vontade da locadora em recolher em seu estabelecimento o maquinário, arcando com o aluguel do período até que tal ocorresse. Não havendo previsão contratual de qualquer multa ou cláusula penal pela rescisão do contrato por iniciativa da locatária, nem a autora fazendo pedido nesse sentido, fica impedida a fixação de qualquer penalidade à ré pela rescisão imotivada. Esse contexto, porém, não impede que, em ação autônoma, a autora busque o ressarcimento pelas perdas e danos que porventura possa ter sofrido. (TJSC- Apelação Cível

2004.005718-0 – rel. Des Henry Petry Junior – 3º
Câmara Dir. Cível – julgamento 14.03.2008).

O problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito geral, pois retira do Código Civil a maioria dos contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e de distribuição. No Código Civil, o privilegiado é o vendedor, que assume o risco de transferir seu produto para o outro profissional; no CDC, a proteção é do comprador, destinatário final, o consumidor.

A teoria finalista aprofundada é hoje a majoritária e consolidou-se na jurisprudência brasileira, conforme se observa nos julgados do STJ e Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) respectivamente

DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO EMPRESA DE TRANSPORTE. RELEVÂNCIA, PARA A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO, DA DISPARIDADE DE PORTE ECONÔMICO EXISTENTE ENTRE PARTES DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE PEÇAS PARA CAMINHÃO EMPREGADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE. IMPORTÂNCIA, TAMBÉM, DO PORTE DA ATIVIDADE PRATICADA PELO DESTINATÁRIO FINAL. SITUAÇÃO, ENTRETANTO, EM QUE, INDEPENDENTEMENTE ADEMAIS, DE RELAÇÃO DE CONSUMO, HÁ ELEMENTOS DE PROVA A EMBASAR A CONVICÇÃO DO JULGADOR DE QUE PEÇAS AUTOMOTIVAS FORNECIDAS E A CORRESPONDENTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO TÊM DEFEITOS. I - Não enquadrável como relação de consumo a prestação de serviços entre empresas de porte, não se caracterizando hipossuficiência da contratante de conserto de caminhão de transporte de cargas, situação em que não se tem consumidor final, mas, apenas, intermediário, afasta-se a incidência do

Código de Defesa do Consumidor. II - Ainda que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, a regra da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não seria suficiente para afastar a prova contrária à pretensão inicial, tal como detidamente analisada, inclusive quanto à perícia, pela sentença e pelo Acórdão. III - O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de consumo. IV - O fato de a pessoa empregar em sua atividade econômica os produtos que adquire não implica, por si só, desconsiderá-la como destinatária final e, por isso, consumidora. No entanto, é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como de consumo. Precedentes. V - O reconhecimento da existência da relação de consumo, por si só, não implica presunção de prova. Presentes elementos de prova a indicar que as peças automotivas fornecidas e a prestação do serviço correspondente não são defeituosos, pode o Juiz concluir em favor do fornecedor a despeito da inversão do ônus da prova. VI - Recurso Especial improvido. (STJ – REsp 1038645 RS – 3º Turma – rel. Ministro SIDNEI BENETI – julgamento 19.10.2010 – DJe 24.11.2010).

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO EM DUPLICIDADE. COMUNICAÇÃO. SOLICITAÇÃO DE

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE BAIXA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL CARACTERIZADO.

1. Apelação interposta da r. sentença, proferida na ação de declaração de inexistência de débito cumulada com reparação por danos morais, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial. 2. Conforme corrente finalista mitigada, equipara-se à condição de consumidor as pessoas jurídicas que, embora não sejam destinatárias finais do produto ou serviço adquirido, revelem vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relações de consumo estranhas à sua especialidade. 3. Presente toda a documentação necessária ao exame e julgamento da demanda, torna-se dispensável a inversão do ônus da prova - até mesmo porque, no caso, ela ensejaria a produção de prova negativa pela ré. 4. No caso, o consumidor efetuara o pagamento de trinta e seis parcelas de seu financiamento, contudo, com o equívoco que uma delas ficara em aberto, já que efetuara o pagamento de outra em duplicidade. Nada obstante, considerava-se em dia com suas obrigações, não recebera qualquer negativa da instituição bancária ao pedido de compensação dos valores, razão pela qual se mostra indevida a inscrição de seu nome em cadastro de inadimplentes justamente após ele ter entrado em contato com a instituição financeira visando a adequada compensação. 5. A Súmula 227 do STJ enuncia que a pessoa jurídica, assim como a pessoa física, é capaz de sofrer lesão de natureza moral, sendo necessário, em tais casos, que a ofensa atinja a sua honra objetiva, ou seja, que a violação atinja a sua reputação ou o seu nome no meio comercial em que atue. 6. O quantum indenizatório deve estar em consonância com a razoabilidade e a proporcionalidade e cumprir à

finalidade compensatório-pedagógica, de modo que, no caso, o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) irá recompor devidamente o apelante-autor pelos danos suportados. 7. Apelação do autor conhecida e provida. (TJDF - Acórdão n. 1068365, Relator Des. CÉSAR LOYOLA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 13/12/2017, publicado no DJe: 19/12/2017.)

Nesse ponto, vale ressaltar as correntes que se destacam sobre o termo destinatário final. A teoria finalista é uma teoria que abrange a prioridade, cujo intuito é proteger o consumidor final, por ser considerado como a parte mais frágil na relação de consumo. Nessa teoria encontra-se a tutela especial devido se adquirir o bem de consumo para o próprio uso. Para Marques et al (2013, p. 93) "Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica". Por isso, há sempre quem defende a teoria finalista, pois é o consumidor final quem retira o bem do mercado quando adquire ou utiliza o produto para o próprio consumo.

Já a teoria maximalista traz o conceito objetivo por entender que não há necessidade de comprovar acerca da finalidade do produto adquirido, se para lucro ou se é para o consumo próprio.

A jurisprudência do STJ tem adotado o conceito de consumidor de acordo com o artigo 29 do CDC, no qual aplica a teoria finalista mitigada frente às pessoas jurídicas, numa ação que Marques (2013, p. 107) tem denominando finalismo aprofundado, consistente em se acolher que, em determinadas situações, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada a condição de consumidora, por apresentar diante do fornecedor algum tipo de vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa do art. 4º, I, do CDC, que corrobora toda a proteção conferida ao consumidor.

A interpretação finalista aprofundada sobre o conceito de consumidor, conforme acima mencionada, pode ser observada quando do julgamento do acórdão

Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada. Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa. (STJ – 2ª. Seção – Conflito de Competência Nº 41056/SP – relator Min. Nancy Andrighi – julgamento 23.06.2004).

Quanto à relação jurídica de consumo, pode se definir como aquela que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por elemento a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo. Assim, somente ocorrerá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos nos polos da relação. A ausência de um desses elementos implica na inexistência da relação de consumo, aplicando-se desta forma, outro sistema jurídico compatível.

A interpretação do termo “destinatário final” traz a real necessidade de estudo mais aprofundado no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, assim a pesquisa justifica-se na importância de se discutir sobre a aplicabilidade da teoria finalista aprofundada nas relações de consumo onde há obscuridade ou contradição quanto aos sujeitos nos polos da relação jurídica de consumo.

A teoria finalista aprofundada ou mitigada amplia o conceito de consumidor incluindo todo aquele que possua vulnerabilidade em face do fornecedor. Decorre da mitigação dos rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Assim, o conceito-chave no finalismo aprofundado é a presunção de vulnerabilidade, ou seja, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo, conforme se observa na ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA APROFUNDADA. Ao aplicar o art. 29 do CDC, o STJ tem adotado a teoria do finalismo aprofundado, na qual se admite, conforme cada caso concreto, que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada a consumidor, quando demonstrada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor ou vendedor, ainda que não destinatária final do serviço. Agravo provido. (STJ - Acórdão n. 724712, Relatora Des^a. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6^a Turma Cível, Data de Julgamento: 16/10/2013, publicado no DJe: 22/10/2013).

Diante disso, abre-se o leque de possibilidades para que o fornecedor possa ser equiparado a consumidor de acordo com a vulnerabilidade no caso apontado. Pouco importa a destinação final do produto ou serviço, vez que o finalismo aprofundado busca equilibrar as relações de consumo, bem como possibilita a aplicabilidade do ordenamento jurídico consumerista para o polo mais frágil.

2 DO FORNECEDOR

Para definir quem seja o fornecedor extrai-se dos termos da lei segundo o caput do art. 3º do CDC

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produto ou prestação de serviços. (BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos. Nesse sentido, vale a pena lembrar que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mais precisamente em seu inciso X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

No dispositivo ainda abrange tanto fornecedores nacionais como os estrangeiros que exportem produtos ou serviços para o País, arcando com a responsabilidade por eventuais danos ou reparos o importador que posteriormente poderá regredir contra os fornecedores exportadores.

São ainda denominados “entes despersonalizados”, assim entendidos os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil como no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços, como por exemplo, uma massa falida que é autorizada a continuar as atividades comerciais da empresa sob regime de quebra, para que realizem ativos mais celeremente, fazendo frete ao concurso de credores.

O fornecedor de produtos e serviços deve ser responsável pelos produtos e serviços que são objetos de sua atividade nas relações de consumo. Para não restar dúvidas, trata-se da responsabilidade pelo defeito e a responsabilidade pelo vício. Inclusive, do momento que se entende que defeito é tudo o que gera dano além do vício, fala-se em “acidente de consumo” ou, como a própria lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor denomina: “fato do produto e do serviço”). Nesse caso, defeito

poderia ser ligado a "falha de segurança", enquanto que vício a "falha de adequação".

E, com efeito, ao definir fornecedor, assim se manifesta Plácido e Silva (1987, v.1 p.138 *apud* Filomeno, 2010, p.41)

Derivado do francês '*fournir*' (fornecer, prover), de que se compôs '*fournisseur*' (fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo. E, nesse sentido, por certo que são compreendidos todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de molde a atender às suas necessidades, pouco importando a que título, tendo relevância a distinção, apenas, como se verá, quando se cuidar da responsabilidade de cada "fornecedor" em casos de danos aos consumidores, ou então aos próprios fornecedores, na via regressiva e em cadeia dessas responsabilidades, eis que vital a solidariedade para a obtenção efetiva da proteção que se almeja para os consumidores.

A condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado, ficam responsáveis pelos danos eventualmente causados aos destinatários pelo fato do produto.

Em suma, o fornecedor é o protagonista das relações de consumo, pois este dita as regras, se sobrepõe ao consumidor, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição dos consumidores.

3 OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO: PRODUTOS E SERVIÇOS

O art. 3º, § 1º, da Lei 8.078/1990 estabelece que produto é qualquer bem móvel ou imóvel material colocado no mercado de consumo. O Código de Defesa do Consumidor não adentrou na grande divergência

existente entre civilistas, a respeito dos conceitos de bens e coisas, preferindo utilizar o termo produto. Assim assevera Rizzatto Nunes (2011, p. 135)

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações et.)

O produto pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Conforme ilustração de Flávio Tartuce (2012, p. 84) “o primeiro vê-se como a de aquisição de um veículo ou apartamento. Como bem imaterial, destaque-se o exemplo lazer, que envolve uma plêiade de situações contemporâneas (jogo de futebol)”.

Quanto a definição jurídica de serviços estabelece o art. 3º, § 2º, que o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Em que pese a lei mencionar expressamente a remuneração, atribuindo um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação de consumerista. Como primeiro exemplo ilustra Flávio Tartuce (2012, p. 88) “invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shoppings centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores”. Dessa forma, concluindo pela presença de responsabilidades, da jurisprudência nos termos da Súmula 130 do STJ

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO EM ESTACIONAMENTO. SHOPPING CENTER. VEÍCULO PERTENCENTE A POSSÍVEL LOCADOR DE UNIDADE COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE VIGILÂNCIA NO LOCAL. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Nos termos do enunciado n. 130/STJ, 'a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento'. II - A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada dispende. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo. III - A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro. (STJ - REsp 437.649/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 242)

Note-se que no estacionamento de um *shopping*, no qual não se cobre pela guarda do veículo, disfarça o custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias. Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. Nesse caso são todos os consumidores que pagam.

4 OBJETIVOS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA TUTELA DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor como direito fundamental está previsto na Constituição de 1988, no art. 5º, XXXII, que determina expressamente: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Esta proteção conferida ao consumidor corresponde a um dever do Estado promover este direito.

Para Bruno Miragem (2014, p.57) a forma de tutela jurídica mais efetiva é, sem dúvida, a concessão de direitos subjetivos, sobretudo a defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional econômica consagrado no art. 170, V da Constituição da República. Nesse sentido, em se tratando da defesa do consumidor como princípio fundamental da

ordem econômica, observa-se que o legislador optou por constituir novos direitos e indicar-lhes a titularidade do sujeito de direitos consumidor, bem como o de referir direitos pré-existentes, em alguma medida universais, à tutela específica do consumidor.

O direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de suma importância para a interpretação, compreensão e aplicação de suas normas. De modo geral, o princípio da vulnerabilidade é o foco deste item, vez que a compreensão deste é imprescindível para aplicação do finalismo aprofundado, pois é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor.

O art. 4º, I, do CDC estabelece entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Assim Miragem (2014, p. 122) assevera que “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.

A vulnerabilidade é dividida em três tipos, a saber: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática. E por fim, tem-se identificado uma quarta espécie de vulnerabilidade, a vulnerabilidade informacional. Para melhor compreensão deste tema, analisaremos no item subsequente as espécies de vulnerabilidade nos termos da jurisprudência (STJ - REsp 1195642/RJ – 3º Turma – rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – julgamento 13.11.2012).

5 CONSUMIDOR SEGUNDO A TEORIA FINALISTA APROFUNDADA

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (CC/02) ocorreu uma tendência na nova jurisprudência do STJ, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que Marques (2013, p. 97) tem denominado de *finalismo aprofundado*, conforme se observa na ementa

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA
FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO

APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de

seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. Apesar da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a

conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 1195642/RJ – 3º Turma – rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – julgamento 13.11.2012).

Trata-se de uma interpretação finalística mais aprofundada e madura, em casos complexos, envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de produção ou distribuição, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, seja ela econômica, técnica ou social, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Conforme a observação de Marques (2013, p. 97)

Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o Código conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, como afirma Benjamin (2013, p.97) “é a peça fundamental do direito consumerista, é o ponto de partida de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos (art. 4º, I, c/c art. 2º do CDC) “. Acrescenta ainda que é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando as relações de consumo.

Ensina Marques (2013, p.98) “que o consumidor é vulnerável porque não dispõe de conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado”. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços.

A jurisprudência do STJ também ensina que o abuso fica agravado quando a vulnerabilidade do sujeito é maior, como no caso da bordadeira que compra máquina de borda para seu sustento, conforme a ementa

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial. (STJ – Resp 1010834/GO – 3º Turma – rel. Ministra Nancy Andrighi – julgamento 03.08.2010, Dje 13.10.2010)

Em resumo, para Marques et al (2013, p. 98) “existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional”. Tal classificação tem sido observada pelo STJ conforme o julgado que se segue

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica

(ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Apesar da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. (STJ - REsp 1195642/RJ – 3º Turma – rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – julgamento 13.11.2012).

Assim pequenas empresas que contratam seguros contra roubo e furto para garantir seu patrimônio são consideradas destinatárias finais deste serviço e consumidoras, observe na ementa

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. SEGURO CONTRA ROUBO E FURTO DE PATRIMÔNIO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO CDC. I - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-

los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. II - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. (STJ - REsp 733.560/RJ – 3º Turma – rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – julgamento 11.04.2006, DJ 02.05.2006).

Já grandes produtores rurais que contratam insumos não se beneficiam das normas consumeristas, conforme o entendimento do STJ

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA C/C ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO E REPARAÇÃO DE DANOS. PRODUTOR RURAL DE GRANDE PORTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. ARRAS. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. I - Conforme entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. II - Não há relação de consumo, no caso dos autos, uma vez que o recorrido é produtor rural de grande porte e o maquinário objeto do contrato serviu para a colheita de milho e feijão em grande escala. III - Na hipótese de o negócio jurídico ser desfeito por motivo imputável a quem deu as arras, como no caso dos autos, em que o negócio jurídico foi anulado em razão da recusa do devedor em assinar o termo contratual e a pagar o restante do valor ajustado, esse as perderá em benefício do que as recebeu, indenizando, dessa forma, o último pelos danos sofridos. Recurso Especial provido. (STJ - REsp 826.827/MT – rel. Ministro SIDNEI BENETI – julgamento 12.08.2010, DJe 19.10.2010).

Embora o STJ tenha julgado inexistente a destinação final na utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado pela empresa administradora de cartão de crédito (REsp 541.867/BA – 2º S. – rel. p/ o acórdão Min. Barros Monteiro – julgamento 10.11.2004 – DJ 16.05.2005), há entendimento contrário que reconhece a destinação final na contratação de serviço de crédito por sociedade empresária, conforme a ementa

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO. FORO DE ELEIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE CRÉDITO POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESTINAÇÃO FINAL CARACTERIZADA. I - Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. II - O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa. (STJ – Conflito de Competência nº 41.056/SP – rel. Ministro Aldir Passarinho Junior – julgamento 23.06.2004, DJ 20.09.2004).

Como se observa, a chave da justiça na aplicação do CDC é justamente o exame detalhado e profundo da noção de vulnerabilidade, *in abstracto* e *in concreto*.

Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é seu déficit informacional, uma vez que englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. A falta desta representa intrinsecamente um *minus*, sobretudo o maior fator de desequilíbrio da relação de consumo. Presumir a

vulnerabilidade informativa (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez mais o direito e a sociedade valorizam essa vulnerabilidade informacional nas relações contratuais consumeristas. Ocorre que essa vulnerabilidade é compartilhada por muitos, mesmo alguns que não são exatamente os destinatários finais dos produtos e serviços. Neste sentido, O CDC atua como protetor do polo mais frágil, bem como equipara alguns destes sujeitos de direito a consumidores.

A conclusão que se chega sobre o tema é a real necessidade de se analisar cada caso *in concreto*, sobretudo quanto a interpretação da destinação final do produto ou serviço e a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor em uma relação de consumo, até porque o principal objetivo do Código Consumerista é tutelar a parte mais fraca nas relações de consumo.

Trata-se assim, o finalismo aprofundado como um critério de interpretação para extensão do conceito de consumidor por equiparação, sobretudo com relação à interpretação do art. 29 do CDC, para admitir a aplicabilidade das normas consumeristas nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique caracterizada a relação de consumo, observando os aspectos da destinação final e da vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIZZATTO, Nunes. **Curso de Direito do Consumidor**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daneil Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Jurisprudência. **CONSUMIDOR SEGUNDO A TEORIA FINALISTA APROFUNDADA**. Disponível em:
< <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado>>.
Acesso em: 13 maio de 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito material e processual. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

NOTAS:

[1] Doutora, professora do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins e da Universidade Federal do Tocantins. E-mail: angela.haonat@catolica-to.edu.br.

[2] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 144.

[3] BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*, p. 23.

MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LETÍCIA MAFFINI DE PAIVA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Aluna de especialização em Direito do Estado. Advogada.

RESUMO: Este trabalho pretende demonstrar a evolução do remédio constitucional Mandado de Injunção desde sua criação com a Constituição de 1988 até os dias atuais. Para tal análise foi dada atenção para o acompanhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 1989, bem como na recente novidade legislativa, Lei nº 13.300/2016. A finalidade do trabalho é trazer a baila a discussão sobre esse instituto tão importante no ordenamento jurídico que foi o último remédio constitucional regulado pela legislação. O método utilizado foi o monográfico, o qual permitiu analisar o instituto, além da discussão bibliográfica, empregada em relação os votos dos Mandados de Injunção extraídos da jurisprudência do STF. Por fim, o que se vê é o abrandamento da rigidez do princípio para sua adequação à Constituição Federal de 1988. O que a Constituição propõe deve ser efetivado de forma que o Mandado de Injunção proporcione aos cidadãos o acesso aos direitos já postos na Carta Magna. Para tanto, aceita-se que o Poder Judiciário execute, também, uma função com características legislativas em caso de omissão do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Mandado de injunção; Efeitos da decisão do mandado de injunção; Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução; 2. A origem do mandado de injunção; 3. Da evolução da jurisprudência do supremo tribunal federal; 4. Da posição concretista; 5. Da lei 13.300/2016 que regulou o mandado de injunção 6. Considerações finais; Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decidido sobre o mandado de injunção diante do

princípio da separação dos poderes nas diversas ações julgadas pela Corte Suprema desde a promulgação da Constituição Federal 1988.

O Mandado de Injunção revela-se uma ação que visa proteger o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade e à soberania, quando esses aspectos são ameaçados pela falta de norma regulamentadora. Para tanto, observou-se a jurisprudência da Corte Constitucional, que mudou seu entendimento ao longo das últimas duas décadas, assumindo, desde 2007, a posição concretista.

A posição concretista significa que o STF pode criar norma para regular o direito que ainda não possui norma infraconstitucional que o proteja e legisle. Ademais, essa posição pode ter tanto efeitos *erga omnes* quanto *inter partes*, conforme será demonstrado a seguir. O método utilizado foi monográfico o qual permitiu analisar o instituto, além da discussão bibliográfica, empregada em relação os votos dos Mandados de Injunção extraídos da jurisprudência do STF.

Para melhor entendimento da questão, este trabalho está dividido em (1) A origem do Mandado de Injunção, (2) Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, (3) Da posição concretista, (4) Legislação vigente, a recente Lei 13.300/2016. Deste modo, o próximo tópico analisará a origem do Mandado de Injunção.

2. A ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição Federal de 1988 previu o Mandado de Injunção como remédio para a proteção de direitos e liberdades constitucionais, em seu artigo 5º, LXXI: “vai-se conceder a ação diante da falta de norma regulamentadora que prejudica o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”^[1].

O MI^[2] concedeu ao indivíduo um instrumento apto a conferir aplicabilidade às normas constitucionais voltadas a direitos, liberdades e prerrogativas obstadas pela falta de norma regulamentadora^[3]. Infelizmente, a Constituição Federal apenas apontou esse instituto, não determinando sua finalidade e seu objetivo final nem detalhando o rito, os

efeitos ou qualquer indicação senão a necessidade de proteger os direitos e as liberdades constitucionais da inércia do Legislativo.

O dispositivo que institui no Brasil a ação de Mandado de Injunção, isto é, o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, não era claro quanto aos aspectos processuais da ação. Diante disso e visando possibilitar a plena utilização da garantia constitucional, foi necessário desenvolver os pontos que não estavam claros a fim de buscar a interpretação constitucional mais adequada ao instituto. Assim, durante as duas últimas décadas, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a extensão das decisões proferidas no julgamento dos Mandados de Injunção sofreu algumas alterações, como será verificado no próximo tópico.

3. DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ano de 1989 foi determinante para o MI devido ao julgamento da Questão de Ordem do MI 107[4]. Nessa ocasião, o STF resolveu que o Mandado de Injunção se presta a declarar a omissão do poder competente para a edição do regulamento que possibilitará a fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Reconhecida a mora, o Judiciário deve notificar o Poder competente para que este a purgue, editando o regulamento[5].

O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional de Poder[6].

Diante disso, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, afirmou: “o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas”[7]. Com base no voto supracitado a Constituição teria de prever expressamente a possibilidade excepcional, o que não foi feito, como ressalta o Ministro Moreira Alves ao afirmar que “o texto do art. 5º, LXXI [...] não [...] diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao poder competente, fazer essa

regulamentação restrita ao caso concreto ou extensível a todos os casos análogos”[8]. A esse respeito, Marcelo Casseb Continentino afirma:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60 §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema e freios e contrapesos que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo[9].

A Questão de Ordem no MI 107 parecia ser a morte do instituto, já que essa seria uma ação conferida ao cidadão titular de um direito ou garantia cujo exercício estivesse inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Além disso, teve como objetivo obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, dando-se ciência disso para que o órgão omissor adotasse as providências necessárias[10] (naquele momento histórico não era possível ao Judiciário qualquer inovação legislativa).

Com o passar do tempo, entretanto, e com o ingresso de novos Ministros na Corte Constitucional, opiniões diferentes foram surgindo, as quais defendiam solução diversa daquela apresentada, aceitando a edição de norma jurídica pelo Poder Judiciário nas ações de mandado de injunção[11]. A cada novo julgamento de MI, a discussão quanto aos efeitos da sentença se fazia presente devido aos votos divergentes desses novos Ministros, que defendiam a possibilidade de o Judiciário, nas ações de MI, criar uma nova norma para o caso concreto: “o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, o impetrante”[12].

Com a inovação desse julgado, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no artigo 195, §7º, da Constituição Federal[13], o requerente passaria a gozar da imunidade requerida.

Ainda, no MI 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal estipulou prazo para que a lacuna legislativa fosse suprida, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos seus direitos[14]:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União. (...) 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a

sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável[15].

Foi a partir dessa decisão que o MI passou a ter efeitos concretos, permitindo aos impetrantes ingressar em juízo para que o Juiz da primeira instância garantisse o gozo do direito constitucional previsto no artigo 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[16]. Com o passar do tempo, a Corte entendeu que os impetrantes poderiam ingressar diretamente ao Juízo de primeiro grau, apesar da falta de regulamentação[17].

O principal mérito dessa decisão foi desconstruir, na prática, o conceito de norma de eficácia limitada o qual impunha ao aplicador do direito a completa paralisia diante da inércia do Poder Legislativo. Decisões como a adotada pelo Tribunal por meio do MI 283 não têm um teor normativo. Essas decisões apenas liberaram os juízes – ultrapassando o prazo inicialmente fixado para a edição de disciplina normativa pela autoridade legislativa faltosa – para, na ausência de lei específica, arbitrar a decisão cabível, de acordo com o direito vigente (no caso, fixar, com base nos critérios ordinários da lei civil, perdas e danos devidos pela União)[18].

4. DA POSIÇÃO CONCRETISTA

A partir de 2007, o STF apresenta uma nova interpretação sobre os efeitos do MI, chamada de posição concretista. A Suprema Corte decidiu que o Judiciário deveria resolver a questão posta, viabilizando diretamente o exercício dos direitos, das liberdades e das prerrogativas constitucionais. Para tanto, o órgão julgador deveria suprir a falta do regulamento, ditando os seus contornos para o caso concreto ou com efeitos *erga omnes*.

Essa mudança de entendimento ocorreu em três Mandados de Injunção paradigmáticos - MI 670, MI 708 e MI 712 - que requeriam o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos, cujos julgamentos foram concluídos em 25 de outubro de 2007. Costuma-se afirmar que o MI 670 foi o *leading case* que inaugurou uma nova concepção da Corte Suprema sobre os efeitos da sentença de MI.

Ao analisar o MI 670, o qual pleiteava a garantia ao exercício do direito de greve, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, deveria ser aplicada a Lei n.º 7783/89, observando-se o princípio da continuidade do serviço público:

Conforme o exposto, este Tribunal, nas diversas vezes em que se manifestou sobre a matéria, tem reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação. Nestas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral. [...] Vê-se, assim, que observados os parâmetros constitucionais q quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado. Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF art. 37, VII)[19].

O STF manteve essa orientação em outras demandas com características semelhantes, consolidando esses avanços no sentido de conferir ao remédio constitucional em destaque eficácia, conforme prevê a Constituição Federal.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a falta de concretização de uma norma constitucional não pode servir de obstáculo para aplicação pelo Judiciário, o qual, em razão do artigo 5º, §1º, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos

fundamentais, mas também autorização a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização[20].

O entendimento da Corte em relação à matéria não ficou muito claro, já que, nos Mandados de Injunção que versavam sobre o direito à greve (MI 670, MI 708 e MI 712), foi decidido pelo efeito *erga omnes*. Assim, o Supremo criou regra extensível a todos os servidores e não apenas aos que ingressaram com as ações de MI. Já no MI 721[21], estabeleceu-se que os efeitos atingiriam apenas as partes por se tratar de processo subjetivo. Percebe-se, aqui, uma divisão do conceito da teoria concretista, conforme demonstram Flavia Piovesan e Maria Cristina Cury Chaddad:

Especificamente em relação à corrente concretista, mister destacar que tal corrente pode ser dividida em duas subespécies, corrente concretista geral, pela qual a decisão que concede o mandado de injunção teria eficácia *erga omnes*; e corrente concretista individual, a qual a decisão que concede o mandado de injunção tem eficácia *inter partes* apenas[22].

Desse modo, nos casos que envolviam o direito de greve por parte dos servidores públicos, o Supremo criou regra extensível a todos os servidores e não apenas aos que ingressaram com as ações de MI, dotando essa decisão de efeitos *erga omnes*. Já em outras situações, a regra apenas poderá ser aplicada ao caso concreto e atingirá somente os impetrantes. Logo, aqueles interessados no direito à aposentadoria especial[23], previsto na Constituição Federal, precisariam ingressar com processos específicos, conforme o decidido nos Mandados de Injunção 721 e 758, por exemplo[24] [25].

Quando do julgamento do MI 721, que discutia a aposentadoria especial, todos os Ministros concordaram com a solução proposta pelo Relator e criaram a norma apenas para o caso concreto. Dessa forma, o STF entendeu que, nos casos de aposentadoria especial, as decisões dos Mandados de Injunção seriam *inter partes* em caráter provisório. No entanto, houve diversas ações de MI impetradas sobre esse tema. Entre 2005 e 2013, por exemplo, dos 5.219 Mandados de Injunção que o STF

recebeu, 4.892 referiam-se especificadamente à aposentadoria especial de servidores públicos, prevista no artigo 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal[26].

Esse mesmo entendimento apresenta Marcelo Casseb Continentino:

No tempo histórico do Estado Constitucional, a fórmula de equilíbrio do sistema dos direitos, muito provavelmente, não se ajusta a tripartição estanque dos Poderes, mas, ao contrário, desenvolve-se em um equilíbrio dinâmico, no qual tenhamos uma Constituição efetiva, com respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais[27].

Antes, existia apenas a manifestação do Legislativo para o desenvolvimento do sistema de direitos. Porém, na sociedade atual, é necessário que ocorra a concorrência das atividades jurisdicional, executiva e legislativa. Nesse sentido, o doutrinador afirma, ainda, que essa evolução: “no caso brasileiro, atinge seu ápice a partir do mandado de injunção, garantia constitucional a qual, sem dúvida alguma está a desafiar os limites do legítimo exercício da jurisdição constitucional”[28]. Complementando essa ideia, o Ministro Eros Grau menciona o seguinte:

Ademais, não há que falar em agressão à separação dos poderes, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda de um direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original[29].

Deve-se levar em conta que essa mudança não ocorreu de forma drástica. Com o passar dos anos, a Corte Suprema abriu mão da rigidez do posicionamento inicial, dando início a uma postura diferente, como ocorreu nas decisões dos MIs 283 e 232. Pretendia-se, então, dar efetividade às normas do §3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (direito à reparação econômica de pessoas prejudicadas por atos do Ministério da Aeronáutica na época do regime militar - MI 283),

bem como do §7º do artigo 195 da Constituição de 1988 (direito à isenção de contribuição previdenciária para entidades beneficentes de assistência social - MI 232). Essas normas tinham eficácia limitada e natureza preceptiva, contendo todos os elementos necessários à sua imediata incidência, diferindo apenas por condicionamento formal imposto pelo Constituinte[30].

Deve-se ter em mente que, embora o Judiciário nessas situações não tenha criado a regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto, houve, de certa forma, uma intervenção judicial na área política quando a mora do Legislativo foi fixada. Esses julgamentos terminaram por assentar a posição de que o princípio da separação de poderes não se caracteriza por uma distribuição rígida e estanque das funções estatais. Bonavides, por exemplo, explica que, apesar da sua previsão constitucional, o princípio decaiu de vigor e prestígio, tornando-se "incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo"[31].

Torna-se evidente que a vontade da Constituição é essa, já que, frente à omissão dos poderes políticos para fruição dos direitos constitucionais, fica autorizado pela própria Carta Magna o MI, atribuindo-o justamente ao Poder Judiciário, conforme artigo 5, LXXII, da Constituição Federal de 1988[32].

Os juízes e tribunais, antes submetidos a uma legislação restrita, preocupada em assegurar a liberdade do indivíduo, passam a submeter-se a uma legislação vastíssima e caracterizada por uma estrutura normativa teleológica que deságua em uma hermenêutica de legitimação de aspirações sociais[33].

A maioria dos Ministros que integrava o Tribunal em 1989 tinha assumido sua função no Regime anterior, e por isso não existia a prática do ativismo judicial. Cappelletti aborda a temática afirmando que a Magistratura é uma categoria pouco revolucionária, especialmente a dos tribunais superiores, já que os juízes tendem a ser conservadores, quietos e respeitosos[34].

No ano de 2007, o fenômeno da judicialização já estava mais presente no país. O Brasil contava com terreno fértil para o florescimento desse fenômeno, cuja concretização dependia apenas da vontade dos juízes, o que se configurou no STF nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670, 708, 712 e 721, época em que a Corte contava com novos membros (se comparada ao julgamento da Questão de Ordem no MI 107).

O Poder Judiciário é o destino dos conflitos não resolvidos encontrados no meio social, o que se acentua na busca de realização dos direitos fundamentais, mormente de seu órgão de cúpula, atuante na chamada jurisdição constitucional. Assim, “[...] o respeito absoluto à separação de poderes, como fora concebido no século XVIII, não é mais condizente com as práticas atuais, principalmente, no caso de se adotar o neoconstitucionalismo, que aposta na atuação da jurisdição constitucional”[35].

Ainda que não se esteja diante de atividade legislativa propriamente dita, tanto sob o prisma formal quanto sob o prisma material, não há como negar que a atuação do Poder Judiciário em sede de MI afasta-se do padrão clássico de solução de litígios por meio da aplicação do direito posto, na medida em que, para a colmatação da lacuna da legislação, exige-se dose de criatividade bem maior do que aquela pressuposta em toda e qualquer decisão judicial[36].

Ademais, trata-se “de postura puramente residual, em que não se tomaria em definitivo o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia”. [37] A atividade resumir-se-ia a resolver uma situação particular determinada por tempo limitado, de modo que não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes[38].

Nessa mesma linha, encontra-se o entendimento de Juliano Zaiden Benvindo:

nossa cultura constitucional parece ter avançado mais nesse caminhar de itinerários diversos que se cruzam. É que aqui se naturalizou o discurso de que é salutar para o nosso desenvolvimento democrático e, especialmente, de defesa dos

direitos fundamentais que o Poder Judiciário, em geral, e o STF, em particular, exerça esse papel de “Guardião da Constituição”, mesmo que, para tanto, tenha de criar normas gerais e abstratas para o futuro, em um nítido exercício do juízo de justificação. O mandado de injunção, com a nova interpretação que o STF lhe proporcionou, é um exemplo dessa construção. No entanto, trata-se de um instrumento típico do controle concreto de constitucionalidade, na medida em que tem como referência um determinado caso, serve para garantir direitos e liberdades constitucionais do caso e, portanto, torna-se um mecanismo ideal para a conformação de um ativismo judicial adequado aos anseios de nossa democracia. [...] Por isso, espera-se que o debate sobre o mandado de injunção, relevante instrumento de nossa cultura constitucional, abra-se às verdadeiras potencialidades que lhe são próprias: a defesa dos direitos e liberdades [...] É essa a intervenção do Poder Judiciário que se almeja: efetivar direitos[39].

Percebe-se, destarte, que o autor defende que o instituto do MI não seja desvirtuado e permaneça mantendo sua função principal, que consiste na defesa dos direitos e das liberdades já postos na Constituição Federal. É necessário, portanto, atentar para a não desvirtuação do MI de sua vocação natural, que é servir de instrumento de concreção ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais[40].

5. DA LEI 13.300/2016 QUE REGULOU O MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção atravessou mais de vinte e sete anos aguardando regulamentação, tendo sido o último[41] dos remédios constitucionais a receber disciplina legislativa. Felizmente, em 24 de junho de 2016, a Lei 13.300 foi publicada, encerrando a espera pela positivação das regras procedimentais do instituto e pela consagração legal da maioria dos avanços jurisprudenciais referentes à matéria.

O diploma de regência já começa, no seu art. 1º, pelo reconhecimento do mandado de injunção individual e coletivo, há tempos admitido pela jurisprudência do STF.

Passando ao artigo 2º, chega-se à primeira importante modificação, relativa ao cabimento do remédio, a qual permite a interposição de Mandado de Injunção inclusive para omissões parciais[42].

Ao mencionar a falta total *ou parcial* da norma regulamentadora, acaba por estabilizar o resultado de uma exegese extensiva e sistemática da Constituição. Com esta importante adição a nova lei positiva uma das principais demandas da doutrina, o cabimento da omissão parcial[43].

Teori Zavascki, um dos principais artífices da nova lei, apesar de reconhecer a atual posição do STF, explicava que o regulamento deixa em aberto a possibilidade da antecipação de medida “necessária e indispensável” pela aplicação subsidiária da Lei 12.016/2009, conforme autorização expressa do art. 14[44].

Ao elaborar o art. 8º, o legislador buscou, através dos seus dois incisos, estabelecer a sequência a ser observada pelo julgador ao decidir pela procedência da ação.

“ Art. 8º: Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado[45].

De logo, pode-se observar que a técnica homenageada foi a concretista intermediária, na qual será estabelecido um prazo para o cumprimento do ato normativo antes da ordem judicial que viabilize o desfrute do direito postulado. Apesar das críticas que possam ser

direcionadas a este dispositivo, tendo em vista a defasagem em relação à postura mais recente do Supremo Tribunal Federal, ao proporcionar diretamente o exercício dos direitos de greve e da aposentadoria especial aos servidores públicos, faz-se necessário pontuar que a própria lei traz uma brecha que remete a estes precedentes, qual seja, a possibilidade de dispensar o estabelecimento do prazo e partir para a imediata concretização do pedido, desde que já tenha havido o descumprimento do dever normativo pelo impetrado em ações anteriormente impetradas[46].

Isto se deve à própria concepção, avalizada pela lei, de que o mandado de injunção é cabível apenas ao suprimento da ausência ou insuficiência *normativa*, deixando de lado a probabilidade de o remédio ser utilizado por quem se vê privado do seu direito pela deficiência em atos materiais da administração pública, em complementação à cadeira regulamentar do preceito constitucional.

Com o advento da Lei 13.300/2016, a disciplina do mandado de injunção coletivo acabou traduzindo as disposições do microsistema de tutela coletiva. Um primeiro aspecto a ser destacado foi a incorporação de um amplo rol de legitimados. Como indica seu art. 12, a ação poderá ser impetrada:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e

desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal[47].

Além de possibilitar diversas maneiras de acesso ao mandado de injunção coletivo, a Lei 13.300/2016, replicando uma tendência do microsistema de tutela coletiva, permite a transposição da coisa julgada coletiva aos processos individuais, contribuindo para a uniformização dos provimentos injuncionais. Isto porque, tanto existe a opção de levar o pleito a juízo através das entidades coletivas, como, também, de ingressar na demanda grupal, após ter impetrado ação individual[48].

Por fim, saliente-se que, por força do art. 9º, *caput*, obedecendo à natureza subjetiva da ação, a decisão injuncional terá eficácia restrita às partes. Entretanto, o legislador, no §2º do mesmo artigo[49], permitiu a extensão dos efeitos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da leitura dos votos dos ministros, pode-se inferir que, desde o ano de 1989, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o MI é autoaplicável e que é uma ação por meio da qual o Judiciário reconhece a mora do Legislativo para criar norma que viabilize direitos e liberdades ou prerrogativas constitucionais. Inicialmente, ao Poder Judiciário cabia apenas a posição de julgar, de modo que o exercício de funções atípicas só poderia ser exercido se autorizado expressamente pela Constituição Federal.

Tal entendimento só foi modificado no ano de 2007, quando a Corte entendeu que, após constatada a ausência de norma reguladora de preceito constitucional, deveria criar norma ao caso concreto ou a todos os casos similares, possibilitando a fruição dos direitos previstos na Magna Carta. A maior instância do Poder Judiciário considerou, então, que, em um

Estado Social, o Judiciário deve exercer funções de natureza política para efetivar os direitos já consagrados na Constituição Federal.

Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio da Corte Constitucional, começou a fazer parte do movimento de expansão das funções do Judiciário, sentenciando de forma concretista nas ações de MI, ou seja, a Corte passou a determinar como a parte interessada do *writ* (ou qualquer pessoa interessada) passaria a usufruir do direito. Tal postura foi confirmada com a edição da Lei 13.300/2016.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 7 de ago. 1997, DJ, 31 out. 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: . Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. LEI 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Mandado de Injunção**, Brasília, DF. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>
Acesso em: 03 jun. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

HAGE, Jorge. O PL que Regulamenta o Mandado de Injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O Novo aproveitamento do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 60 p. 82-93, jul./set, 2007.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do;

QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção Finalmente Terá sua Lei. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Diogo Barbosa e. **As potencialidades do Mandado de Injunção**: o controle integral das omissões inconstitucionais. 2017.160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Bahia, Salvador, 2017.

SILVA, George Medeiros Inacio. **Aprovada súmula vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público**. Jus Brasil. Disponível em: <<http://georgedireitodf.jusbrasil.com.br/noticias/119871267/aprovada-sumula-vinculante-sobre-aposentadoria-especial-de-servidor-publico>>. Acesso em: 01 nov.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 98 Mato Grosso**. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: . Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Linha Sucessória dos Ministros**. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Voto do Ministro Celso de Mello, ago. 1991. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal.** Voto do Ministro Moreira Alves. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 232 Rio de Janeiro.** (Relator Moreira Alves, data de julgamento 02 ago. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação DJ 27 mar. 1992 publicação PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965). Disponível em: . Acesso em: 15 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro.** Voto do Ministro Carlos Velloso, mar. 1992. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro.** Voto do Ministro Marco Aurélio, mar. 1992. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 283 Distrito Federal.** (Relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 20 mar. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 14 nov. 1991, publicação PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

_____. **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo.** Voto do Ministro Gilmar Mendes, out. 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo.** Voto do Ministro Celso de Mello, out. 2010. Disponível em: . Acesso em: 18 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 712-8 Pará.** Voto do Ministro Eros Grau, out. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2017.

_____. **Mandado de Injunção 721-7 Distrito Federal.** Voto do Ministro Marco Aurélio, nov. 2007. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Súmula Vinculante 33.** Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2017.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: . Acesso em: 24 set. 2017.

[2] Nem sempre a redação do artigo que versa sobre mandado de injunção foi essa. Durante o período constituinte, houve uma mobilização de mudança do dispositivo que tratava sobre o mandado de injunção. A redação anterior era: "Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania".

[3] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 444.

[4] O mandado de injunção foi proposto por um Oficial do Exército contra o Presidente da República, que, segundo alegava o requerente, não teria encaminhado, tempestivamente, ao Congresso Nacional, projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição (art. 42 § 9º).

[5] CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 109.

[6] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 58-59. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2017.

[7] MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 09.

[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal** Voto do Ministro Moreira Alves, p. 46. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

[9] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

[10] ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção Finalmente Terá sua Lei. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

[11] Em julho de 1990, os Ministros Marco Ayrélio de Mello e Carlos Velloso tomaram posse no STF e, em junho de 1991, foi a vez do Ministro Ilmar Galvão. Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Linha Sucessória dos Ministros**. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2017.

[12] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro**. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 33, mar. 1992. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2017.

[13] Art. 195, §7º: São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

[14] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

[15] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 283 Distrito Federal**. (Relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 20 mar. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 14 nov. 1991, publicação PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

[16] Art. 8º, § 3º, - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias

Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

[17] Nesse sentido, o entendimento do Ministro do STF, Gilmar Mendes, é de que: “no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente, em que haveria de fixar o montante na forma do direito comum.” Retirado de: MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

[18] BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 287.

[19] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15-16. Disponível em: . Acesso em: 18 set. 2017.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 262.

[21] Nesse julgamento, o STF determinou o direito da postulante (servidora do Ministério da Saúde) à aposentadoria especial, conforme o artigo 40, §4º, da Constituição Federal de 1988, adotando-se, desse modo, o sistema do Regime Geral da Previdência previsto para o trabalho insalubre (Lei n.º 8.213, art. 57).

[22] PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino

do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446.

[23] Necessário consignar a edição da Súmula Vinculante n.º 33, aprovada em 09 de abril de 2014, a qual dispõe: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”.

[24] Hoje, não é necessária a impetração de novos Mandados de Injunção para fruição dessa matéria, em razão da edição súmula vinculante n.º 33.

[25] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula Vinculante 33**. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2017.

[26] **SILVA, George Medeiros Inacio**. Aprovada súmula vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público. **Jus Brasil. Disponível em: <<http://georgedireitodf.jusbrasil.com.br/noticias/119871267/aprovad-a-sumula-vinculante-sobre-aposentadoria-especial-de-servidor-publico>>. Acesso em: 01 nov.2014.**

[27] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93-94.

[28] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93-94.

[29] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 712-8Pará**. Voto do Ministro Eros Grau, p. 26, out. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2014.

[30] RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

[31] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 157-158.

[32] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: . Acesso em: 24 set. 2017.

[33] CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. p. 124.

[34] CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 34-35.

[35] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O Novo aproveitamento do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 60 p. 82-93, jul./set, 2007. p. 85.

[36] RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 253.

[37] MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006. p. 137.

[38] MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006. p. 137.

[39] BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio

Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 277.

[40] BENVINDO. Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 277.

[41] As regulamentações dos writs constitucionais estão dispostas nas Leis 4.717/1965 (Ação Popular), 9.507/1997 (Habeas *data*), 12.016/2009 (Mandado de Segurança) e nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal (*Habeas corpus*).

[42] Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente. BRASIL. LEI 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Mandado de Injunção**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

[43] VALE, André Rufino do. Até que enfim, uma lei para o Mandado de Injunção. Revista Consultor Jurídico, 30 de julho de 2016, 8h05 – site acessado no dia 03 de junho de 2018.

[44] ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99

[45] BRASIL. LEI 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Mandado de Injunção**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

[46] ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira,

VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116-117.

[47] BRASIL. LEI 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Mandado de Injunção**, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm > Acesso em: 03 jun. 2018.

[48] SILVA, Diogo Barbosa e. **As potencialidades do Mandado de Injunção:** o controle integral das omissões inconstitucionais. 2017.160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Bahia, Salvador, 2017. p. 139

[49] Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. § 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios. BRASIL. LEI 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Mandado de Injunção**, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm > Acesso em: 03 jun. 2018.

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

PETTERSON OLIVEIRA SOUSA:

Bacharelado do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de cumulação dos Adicionais de insalubridade e Periculosidade. Assim, será realizada uma análise sobre os aspectos do meio ambiente do trabalho, segurança e medicina do trabalho, explanando também acerca das normas jurídicas que contribuem para o alcance da saúde do trabalhador. Será abordado sobre os dados gerais dos Adicionais de insalubridade e Periculosidade, bem como sua previsão frente à Constituição Federal e sua regulamentação na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Posteriormente, serão analisadas as características específicas de cada um dos referidos acréscimos salariais, abordando acerca da viabilidade de cumulação dos mesmos. Finalmente, essa pesquisa será corroborada por doutrinas e julgados que analisam a tese apresentada neste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Adicionais; Cumulação; Insalubridade; Periculosidade; Trabalhador.

ABSTRACT: The present of this article analyzes the possibility of cumulation of the Unsafe Abilities and Hazards. Thus, an analysis will be carried out on the environmental aspects of work, safety and occupational medicine, also explaining the legal norms that contribute to the health of the worker. It will be approached on the general data of the Unsafe Abilities and Hazards, as well as its prediction in front of the Constitution of the federative Republic of Brazil and its regulation in the Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Subsequently, the specific characteristics of each of these salary increases will be analyzed, addressing the feasibility of cumulation. Finally, this research will be corroborated by doctrines and judgments that analyze the thesis presented in this paper.

KEY WORDS: Additional; Cumulation, Dangerousness; Unhealthy; Worker.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de cumulação simultânea dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade, demonstrando essa possibilidade através do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela Constituição Federal de 1988, e pelas Convenções Internacionais da OIT ratificada pelo Brasil, bem como as demais normas infraconstitucionais.

A legislação infraconstitucional que regulamenta os institutos coíbe a cumulação dos adicionais, essa proibição está regulamentada no artigo 193 § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O tema do presente estudo é de suma importância, pois se esse entendimento for pacificado pelos julgadores e doutrinadores, trará benefícios a um grande número de trabalhadores no país, além de estar relacionado à efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, essa obra acadêmica visa o aprimoramento dos conhecimentos acerca da possibilidade de cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade para a população interessada. Para a elaboração deste artigo foram utilizados estudos bibliográficos em obras doutrinárias da área jurídica trabalhista, bem como análises de julgados relacionados ao tema.

Ademais, a elaboração do artigo científico está organizada em três capítulos quais sejam: No primeiro capítulo versou-se sobre o recinto do trabalho, apontando o conceito e as características gerais acerca dos temas, bem como os meios de precauções tomadas pelo empregador para evitar possíveis acidentes e doenças, apresentando também à importância da segurança e medicina do trabalho no ambiente de trabalho.

No segundo capítulo referiu-se sobre os Adicionais de Insalubridade e Periculosidade, iniciando com o Adicional de Insalubridade, sua definição e regulamentação, bem como desde quem são os beneficiados, quando é devido, suas características e base de cálculo. Posteriormente, retratou-se sobre o adicional de Periculosidade, novamente tratando de quem são seus beneficiados, quando é devido, as características e base de cálculo.

No terceiro capítulo aludiu-se acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, apresentando a importância da cumulação para os trabalhadores que laboram em locais perigosos e insalubres, apontando também que se possível a percepção simultânea dos adicionais obrigará o empregador melhorar as condições de higiene no ambiente de trabalho.

Finalizando o trabalho, abordaram-se as Considerações Finais, trazendo possíveis alternativas para a efetivação da Possibilidade de Cumulação dos referidos Adicionais.

2 RECINTO DO TRABALHO

O legislador constituinte no artigo 225 da Carta Magna assegurou a todos o direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com mesmo intuito, Mascaro Nascimento (2014, p. 882-883) conceitua o meio ambiente do trabalho nos seguintes termos: O meio ambiente do trabalho é, exatamente, o complexo máquina-trabalho de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meio de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho, etc. A matéria é trabalhista porque o meio ambiente do trabalho é a relação entre o homem e o fato técnico, disciplinado não pela lei acidentária, que trata de nexos causais em situações consumadas, muito menos pela lei de defesa ambiental, que dispõe sobre direitos difusos e não trabalhistas, mas pela consolidação das Leis do trabalho.

Então, o ambiente de trabalho é o lugar onde o trabalhador passa determinado tempo na atividade laboral, assim, o ambiente deve tutelar a saúde e a segurança do obreiro. Assim, a prestação onde é laborado o serviço deve ser considerada adequada para o trabalho, e apresentar além de condições salubres, ausência de agentes que coloquem em risco a integridade psíquica e física do indivíduo.

O artigo 3º da lei nº 6.938/81 que trata da política nacional do meio ambiente conceitua meio ambiente da seguinte forma: Artigo 3º:

“Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e integrações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Nessa situação, o meio ambiente é o espaço que é essencial para a vida, considerando que deva ser um local seguro e salubre para a prestação laboral. Neste sentido, Barros (2009), assevera que as condições em que se realiza o trabalho não estão adaptadas à capacidade física e mental do empregado. Assim, a proteção ao trabalhador é recente, sendo prevista após a Constituição Federal de 1988, pois esses direitos foram elevados à categoria de direito fundamental, o inciso XXII, do artigo 7º da Constituição Federativa do Brasil assegura ao trabalhador, proteção contra os riscos à vida e à saúde. À vista disso, o empregador deverá adotar todas as medidas necessárias para oferecer um ambiente salubre para o empregado, evitando assim acidentes e doenças no ambiente de trabalho. (Nascimento ,2007) pontifica que “Dentre os direitos fundamentais do trabalhador está à proteção à vida e integridade física, que começa pela preservação do meio ambiente do trabalho”.

Portanto, a proteção do meio ambiente do trabalho visa assegurar um local adequado para a prestação da atividade laboral, assegurando assim sua efetivação através de normas jurídicas que visem proteção ao obreiro.

3 ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

O presente tópico tem como objetivo abordar e descrever os adicionais de insalubridade e periculosidade, analisando aspectos gerais e específicos sobre cada adicional.

O Adicional de Insalubridade é um direito que está assegurado Constitucionalmente, visando assim uma proteção para a classe trabalhadora. O trabalho insalubre é aquele que resulta em prejuízo constante na saúde do empregado.

Explana a quem é devido o adicional: O adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviços em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Vicente, 2013). Assim, O adicional é devido para os empregados

que trabalham com incidência de atividades ou operações insalubres, acima do limite permitido pelo órgão competente. Nesse seguimento, Vólia Bomfim (2013), descreve o Adicional de Insalubridade: O adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que estiver exposto a situações nocivas à sua saúde, enquanto executar o serviço, e que as agressões podem ser causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos, e para que compensar o trabalho realizado nestas condições, o empregador deve pagar ao empregado adicional legal integral, independentemente do tempo em que o empregado ficar exposto ao agente nocivo. Dessa maneira, o empregador é obrigado a pagar o obreiro pelas exposições aos agentes considerados nocivos à saúde no momento da execução do trabalho. Em relação ao adicional a sua previsão legal encontra-se no artigo 189 da CLT, nessa situação, o limite de tolerância mencionado no artigo anterior é definido pelo Ministério do Trabalho, que estabelecerá normas e critérios de caracterização da insalubridade, e os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado aos agentes considerados insalubres. Para caracterização da insalubridade é preciso: a) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição, pois se a exposição estiver nos limites de tolerância, não há direito ao adicional (Martins, 2014). Logo, a atividade só será considerada insalubre quando os agentes prejudiciais estiverem acima do limite de tolerância fixada pelo Ministério do Trabalho. Insta salientar, que se o empregador fornecer aparelho de proteção ao trabalhador, o direito de recebimento do adicional não será mais obrigatório, porém caso o aparelho não seja adequado para a eliminação da insalubridade, o adicional será devido. Destarte, os aparelhos de proteção fornecidos pelo empregador deverão ser aptos para o uso, resguardando completamente o empregado de possíveis acidentes de trabalho.

Desse modo, se houver a verificação da Insalubridade gera o direito ao adicional, a eliminação ou neutralização faz com que o adicional não seja devido, como dispõe o artigo. 191 da CLT. Nessa situação, com a adoção de medidas tomadas pelo empregador para conservar o ambiente de trabalho, como a utilização de equipamentos apropriados, o direito ao recebimento cessará.

Como se sabe, é a Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho que relata as atividades, operações e agentes insalubres constatados no ambiente de trabalho, descrevendo até mesmo seus limites de tolerância, discriminando assim, as diversas situações vivenciadas no trabalho que enseja a caracterização do agente insalubre. Portanto, as operações e os agentes insalubres estão elencados na NR 15, e o empregador deverá cumpri-la, atentando-se pela observância de todos os anexos constantes na norma.

Explica que a natureza jurídica do adicional de insalubridade não possui natureza indenizatória, mas sim salarial, pois visa remunerar o trabalho prestado sob tal condição, como forma de compensação ao empregado (Martins, 2015). À vista disso, o valor pago ao trabalhador é medido pelo grau de exposição do empregado ao agente nocivo, conforme o artigo 192 da CLT. Neste contexto, o adicional será pago de acordo com a exposição do trabalhador ao agente insalubre, tendo o direito de receber conforme o grau de exposição em que está submetido no ambiente de trabalho. E a base de cálculo do adicional de insalubridade será sobre o salário mínimo.

A respeito das condições insalubres e remuneratórias Barros (2007, p. 767) relata da seguinte maneira: O trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente, envolve maior perigo a saúde do trabalhador e, por isso mesmo, ocasiona um aumento na remuneração do empregado. Em consequência, o trabalho nessas condições, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura ao empregado o direito ao recebimento de um adicional, de 10%, 20%, ou 40% sobre o salário mínimo, ou mínimo profissional, conforme se classifique a insalubridade, respectivamente, no grau mínimo, médio ou máximo, segundo apurado por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho. Por isso, o trabalhador que labora em locais insalubres tem o direito de receber o adicional de acordo com sua exposição ao agente insalubre.

Expõe que a avaliação da caracterização é feita de forma quantitativa, no caso de ruídos, pressões, vibrações, poeiras, ou até mesmo

de forma qualitativa, quando o agente está submetido ao frio, umidade, agentes biológicos, entre outros (Martins, 2014)

Insta salientar, que se faz necessário que o agente nocivo esteja previsto em norma regulamentadora emitida pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego, especificamente na NR 15, neste caso, não sendo possível a comprovação da insalubridade somente por laudo pericial. Nesse mesmo sentido, assevera o inciso I da súmula 448 do TST: SÚMULA Nº 448. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. (Res. 19/4/2014, DEJT 21 e 22 e 23.05.2014).

Destarte, o obreiro só terá direito ao recebimento do adicional se estiver especificado pela NR 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, comprovado também mediante a perícia técnica. Por isso, para a comprovação da condição insalubre no ambiente de trabalho é obrigatória à realização da perícia técnica, caso isso não seja possível, como no caso do fechamento da empresa é plausível que o juiz se utilize de outros meios de provas.

Conforme dispõe a OJ 278 da SDS-1 do TST: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova. (DJ – 11.08-2003).

Neste caso, o magistrado poderá utilizar outras medidas para verificar se realmente o trabalhador laborava em local insalubre. É interessante ressaltar, ainda, que o artigo 472 do NCPC, dispõe que o julgador poderá dispensar à prova pericial caso as partes, na petição inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes para a

comprovação da insalubridade no ambiente de trabalho. Nesse caso, a prova pericial não será necessária quando no início do processo as partes comunicarem que realmente o trabalhador laborava em local insalubre, assim não há necessidade para o juiz determinar a prova pericial. Portanto, para a caracterização do referido Adicional, exige-se dois critérios: Primeiro, que seja realizada perícia para a constatação da Insalubridade, e segundo, que a mesma esteja prevista no rol da NR 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A Periculosidade está presente nas atividades que resultam em prejuízo iminente a saúde e na vida do trabalhador, podendo lhe causar um infortúnio súbito, capaz de perder a vida ou provocar lesões graves em qualquer instante.

A respeito do Adicional (Alexandrino, 2013) leciona que, “o Adicional de Periculosidade é o acréscimo devido ao trabalhador que presta serviços em condições perigosas”. Nesse caso, o Adicional de Periculosidade é um acréscimo salarial para aqueles que estão sujeitos a agentes considerados perigosos no momento da execução do serviço. (Martins, 2016) também define periculosidade da seguinte maneira, “na periculosidade é o risco, possibilidade de ocorrer o infortúnio”.

Diante disso, a qualquer momento o trabalhador poderá sofrer uma fatalidade no momento da execução do serviço. Dessa maneira, o adicional de periculosidade é devido para aqueles que laboram em atividades ou operações perigosas, como por exemplo elementos inflamáveis ou explosivos. As atividades consideradas perigosas são caracterizadas por perícia feita através de Engenheiro de Segurança e Medicina do Trabalho ou Médico do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. Assim, a CLT em seu artigo 193 *caput*, incisos I e II, tipifica as atividades consideradas perigosas. Então, considera-se, portanto, atividades perigosas àquelas que possam levar a óbito, mutilação ou lesões graves ao trabalhador no momento em que se presta a atividade laboral.

E quem regulamenta esse instituto é a Norma Regulamentadora nº 16 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho que descreve as

atividades e operações perigosas, definindo assim as situações que ensejam a caracterização do exercício de periculosidade.

Portanto, as atividades perigosas estão elencadas na NR 16, e o empregador deverá cumpri-la, atentando-se pela observância de todos os anexos constantes na norma. (Martins, 2015) descrevem que a natureza jurídica do adicional de periculosidade tem natureza salarial, pois remunera o trabalhador em condições perigosas e não de indenização, pois o referido adicional não tem por objetivo indenizar nada, mas sim remunerar o trabalho em condições perigosas, na forma definida em lei. Assim, o valor assegurado ao empregado que exerce atividades perigosas é de 30% sobre o salário sem os acréscimos, conforme preceitua o artigo 193, § 1º da CLT. Nessa situação, o pagamento do adicional de periculosidade será apenas sobre o salário estabelecido pela lei, sendo 30% sobre o salário básico, não podendo ser acrescido de nenhuma retribuição pago pelo empregador.

Esse mesmo posicionamento se consolidou através da súmula 191 do TST ao falar da incidência do adicional de periculosidade: **PERICULOSIDADE. ADICIONAL. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. ELETRICITÁRIO. CLT, ART. 193.** O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. (Res. 121/2003. DJU de 08.03.2017). Conseqüentemente, o empregador só pagará o adicional de periculosidade sobre o salário básico do empregado, não incidindo assim nas demais gratificações.

Contudo, pela súmula 191 do TST, em relação aos eletricistas, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial e não apenas sobre o salário básico como nos demais casos.

4 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS

Superados e analisados as principais características dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, adentra-se à centralidade do tema

aqui proposto, qual seja, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Inicialmente é necessário falar de alguns princípios que corroboram com o mesmo entendimento do estudo apresentado, esses princípios não poderiam deixar de ser citados, pois são de suma importância para a proteção dos trabalhadores.

(Nascimento, 2011) faz a citação desses princípios da seguinte maneira: O princípio protetor, é subdividido em três outros princípios, in dubio pro operário, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica. O primeiro, o in dubio pro operário, é o princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, adiante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, entre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica ao trabalhador. O segundo, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, é o princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação de direito do trabalho no caso concreto quando duas normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador. O terceiro, a preservação da condição mais benéfica, tem a função de solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum. Destarte, percebe-se que esses princípios estão recheados de garantias que visam proteger o trabalhador, os mesmos corroboram com o entendimento de que é possível sim o recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Ademais, a cumulação dos adicionais é possível porque visa à proteção da saúde e da vida dos trabalhadores, pois tal possibilidade está de acordo com os princípios trabalhistas que visam à proteção do trabalhador. Como visto, os princípios norteadores do direito trabalhista visam proteger a classe trabalhadora, e buscam um equilíbrio na relação de trabalho, cumprindo assim uma função importantíssima, pois os mesmos exigem o cumprimento das normas mais benéficas ao trabalhador, e nesse

caso, a proibição contida em lei infraconstitucional não deve prevalecer. Nesse mesmo viés, a atual doutrina preceitua que a previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ao proibir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

E o artigo que proíbe a cumulação está previsto no artigo 193, § 2º, da CLT, nesse sentido, observa – se que tal dispositivo não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, pois a mesma trouxe consigo garantias e direitos que não podem ser violados por lei infraconstitucional.

(Monteiro de Barros, 2009) tem esse mesmo entendimento e expõe que se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento dos dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano. Por isto, a possibilidade de cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores serem diversos, pois na insalubridade o bem tutelado é a saúde do trabalhador, já a periculosidade trata-se de uma situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do obreiro, sendo este o bem a que se visa proteger. (Melo, 2004) também diverge da proibição contida no artigo 193, § 2º, da CLT apontando que os riscos a que está exposto o trabalhador são múltiplos, não havendo razões para tal vedação, pois a exposição do trabalhador a mais de um agente agressivo reduz a sua resistência multiplicando os danos à saúde, o que, desde já, contraria as normas tuteladas constitucionalmente os princípios do direito do trabalho e da higiene ocupacional, destinados a prevenir acidentes e danos à saúde, na busca da redução dos riscos existentes no meio ambiente de trabalho. Então, o que se busca proteger é a vida e à saúde do trabalhador, e essa garantia está prevista em norma constitucional, visando assim uma proteção para a parte a hipossuficiente na relação de trabalho, que neste caso é o empregado.

Outro fator importante que sustenta a inaplicabilidade do artigo 193, § 2º, da CLT é a introdução das Convenções da Organização do Trabalho 148 e 155 no sistema jurídico interno. As convenções 148 e 155, da OIT ratificadas pelo Brasil são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, com status de norma materialmente

constitucional. Desta forma, (Morais, 2016) leciona a importância da suprallegalidade das convenções internacionais, dispondo que as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam ao ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*, salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, vale consignar que as convenções internacionais da OIT são tratados especiais de direitos humanos e têm prevalência sob as normas domésticas, como é, indubitavelmente, o caso do artigo 193, parágrafo 2º, da CLT. Nesse mesmo fundamento, (Barbosa, 2015) descreve a natureza das convenções da OIT da seguinte forma: as convenções da OIT possuem natureza de Tratados internacionais multilaterais, estabelecendo normas obrigatórias àqueles Estados que as ratificaram, e elas podem ser de três modalidades: a) Autoaplicáveis, dispensando qualquer regulamentação; b) De princípios, estabelecendo apenas normas gerais a serem reguladas pelos Estados; c) Promocionais, fixando programas a serem disciplinados por normas nacionais a médio e longo prazo. Em vista disso, as convenções da OIT possuem normas obrigatórias podendo ser autoaplicáveis dispensando qualquer regulamentação, surtindo seus efeitos para o Estado Membro.

Por isso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 ao inserir capítulos relativos aos direitos humanos, permitiu também que eles fossem ampliados por meio de tratados internacionais, que no caso de versar sobre direitos humanos, ao serem positivados, efetivam-se em direitos fundamentais, conforme previstos no artigo 5º, §2º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, os direitos fundamentais devem prevalecer acima de qualquer norma infraconstitucional, pois os mesmos são recheados de garantias que visam tutelar a vida e a saúde do indivíduo.

A convenção nº 148 da OIT, ratificada pelo decreto nº. 93.413 - 1986 apresenta recomendações a respeito da insalubridade de meio ambiente de trabalho e consagra a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do Ar, do Ruído e às Vibrações no local de trabalho. A referida convenção em seu artigo 8º anexo 3 (1977), aduz os critérios e limites de exposição da seguinte maneira: Os critérios e os limites de exposição deverão ser fixados, completados e revistos com regularidade, à luz dos conhecimentos e dos novos dados nacionais e internacionais, tendo em conta, na medida do possível, todos os aumentos dos riscos profissionais resultantes da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. Pelo exposto, as medidas de prevenção e proteção ao trabalhador devem estar sempre em regularidade, buscando assegurar um local seguro que não venha prejudicar o trabalhador.

Já a convenção da OIT nº 155, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 1.254-1994, trata, essencialmente, a respeito de política nacional sobre segurança e saúde dos trabalhadores e determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrente da exposição a diversas substâncias ou agentes que possam afetar a vida do trabalhador. A referida convenção nº155, prevê em seu artigo 11, alínea "b": A determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos a autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agente as quais a exposição no trabalho estará proibida limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou das autoridades competentes; deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes. Isto posto, a referida convenção define que os trabalhos prestados em condições insalubres ou perigosos, necessariamente, não devem existir, mas caso existam, as mesmas se submetem ao controle da autoridade competente. Também, o artigo 21 da referida norma internacional preceitua que "as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para o trabalhador".

Diante disso, percebe-se que os dispositivos da convenção 155 não estão de acordo com a vedação contida no artigo 193 § 2º, da CLT, ao coibir

a possibilidade de cumulações dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Como apontado por Silva (2011), as convenções internacionais em relação à saúde, a segurança e meio ambiente de trabalho possuem um espírito de proteção universal ao trabalhador, ratificando toda a conquista que se operou no mundo do trabalho desde o século XVIII. Destarte, a vedação contida no artigo 193, § 2º, da CLT encontra-se suplantada pelos princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, já está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.137/2015, que altera a redação contida no § 2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a possibilidade de pagamento simultâneo dos adicionais de Insalubridade e Periculosidade, apresentada pela deputada Erika Kokay (PT/DF). Assim, com a tramitação desse projeto de lei só ratifica que realmente é necessária a mudança do artigo 193 § 2º da CLT que veda a percepção simultânea dos adicionais. Desta forma, não há mais espaço para essa proibição, pois se o empregado está sujeito a condições insalubres no ambiente de trabalho, e tem majorada essa situação pela exposição à condições de perigo, exercida durante a atividade laboral, é inaceitável que se tenha que optar apenas por um dos adicionais.

Nesse mesmo viés, o TST negou provimento ao recurso interposto pela empresa Whirlpool S.A, contra decisão que a condenou ao pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade ao trabalhador exposto à radiação não ionizante e manipulação de produtos químicos e ruído, havendo, *in casu*, causas de pedir ou fatos geradores são distintos. Julgando da seguinte maneira: CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE DECORRENTES DE FATOS GERADORES DISTINTOS. POSSIBILIDADE.

O TRT manteve a condenação ao pagamento simultâneo do adicional de periculosidade e do adicional de insalubridade. Ao adotar os fundamentos da sentença, baseados na Convenção nº 155 da OIT, a Corte Regional entendeu que a vedação disposta no artigo 193, § 2º da CLT não

deveria prevalecer na hipótese dos autos. Tem-se que a SBDI-1 do TST, (sessão do dia 28/4/2016, da SBDI-1, E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064) ao analisar o mesmo tema, firmou entendimento quanto à impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Concluiu que, nessas situações, tão somente remanesce a opção do empregado pelo adicional que lhe for mais benéfico. Não obstante, ponderou que a vedação de cumulatividade do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade, disposta pelo artigo 193, § 2º da CLT, não se revela absoluta. Invocou a necessidade de uma interpretação teleológica e conforme a Constituição Federal, para concluir que mencionada vedação justifica-se apenas nas hipóteses em que os adicionais decorrem da mesma causa de pedir. Entende, assim, a SBDI-1 do TST que restando comprovada a existência de dois fatos geradores distintos, específicos para cada um dos adicionais, deve ser reconhecido o direito à sua percepção de forma cumulativa. (TST-RR-7092-95.2011.5.12.0030, Ministro Relator João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/04/16 data de Publicação: DEJT 17/06/2016).

Então, a corte do Tribunal Superior do Trabalho, baseada na decisão da SDI-1 do TST de abril de 2016, confirmou o entendimento e consentiu que os referidos adicionais fossem cumulados, entendendo se tratar de fatos geradores diversos, baseando sua decisão através das Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

Diante o exposto, defende-se que mesmo sendo a doutrina minoria que adota essa corrente da possibilidade de incidência de cumulação dos adicionais, essa expectativa traria grandes benefícios para a classe trabalhadora, e se tal entendimento for aplicado nos demais casos similares como no julgado supracitado, os empregadores preocupar-se-iam mais com melhores condições de trabalho, proporcionando assim um ambiente saudável e equilibrado, o que viria ao encontro de um dos fundamentos constitucionais mais importantes da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo verificar a possibilidade de cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. Com propósito de uma análise crítica acerca do tema aqui apresentado.

Tratou-se do ambiente de trabalho e segurança e medicina do trabalho, mostrando a importância de conservação do local em que é prestado o serviço pelo obreiro.

Foi apresentada também a necessidade de efetivação da proteção trazida pela norma constitucional, como sendo um dos meios de maior proteção para a classe trabalhadora durante sua jornada laboral.

Analisou-se a importância das Convenções Internacionais no âmbito jurídico nacional acerca da sua efetivação para a proteção dos trabalhadores, trazendo assim à inserção de medidas protetivas nas empresas em que o obreiro está submetido a agentes nocivos a saúde.

Posteriormente, analisou-se os adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como seus conceitos e suas respectivas regulamentações no sistema jurídico brasileiro, enfatizando assim sua incidência e base de cálculo, especificando quem tem o direito de recebê-los.

Enfim, tratou-se da possibilidade de cumulação dos referidos adicionais, analisando as possibilidades trazidas pelo sistema jurídico nacional e internacional, enfatizando quais seriam as benfeitorias trazidas no caso do amparo da possibilidade de cumulação dos adicionais referidos institutos.

Portanto, insta frisar que a tese apresentada ainda está em desenvolvimento, sendo adotada pela doutrina minoritária, devendo desta forma, o trabalhador buscar a tutela jurisdicional para comprovar que tem o direito de receber cumulativamente os referidos adicionais aos quais estava exposto no ambiente de trabalho.

Por todo o exposto, espera-se que esse trabalho sirva de guia para os profissionais do direito que atuam nesta área, visando efetivar os referidos direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE de Moraes. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: SARAIVA 2014.

Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: SARAIVA 2007.

Amauri Mascaro. **Curso de direito do Trabalho: história e teoria do direito do trabalho: Relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: SARAIVA 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BOMFIM, Vólia Cassar, **Direito do Trabalho**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO 2014.

BRASIL, CLT. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto Lei n. 5452 de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 17ª ed. São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: **texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988**, Brasília: Senado Federal, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo:Ltr, 2014.

GONÇALVES Abreu Edwar, **Segurança e Medicina do Trabalho**, 3ª edição, editora LTr, São Paulo: 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: SARAIVA 2016.

MELO, Raimundo Simão. **Direito do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

RUSSOMO, Víctor Mozart. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Curitiba: JURUÁ, 2002.

_____, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

_____, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. 2ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2013.

SALIBA, Tuffi Messias, **Legislação de Segurança, Acidente do Trabalho e Saúde do Trabalhador**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. **Fundamentos para Cumulação de Adicionais de Insalubridade e Periculosidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*: São Paulo: 2011.

VICENTE Paulo, ALEXANDRINO Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Resumo do Direito do Trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

AS GERAÇÕES/DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MAURÍCIO ROSSI: Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Membro da Advocacia-Geral. Graduado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões: URI Campus de Erechim/RS.

Resumo: O presente trabalho trata dos direitos fundamentais, abordando a sua evolução histórica. Passa pela queda do Estado Absolutista, em decorrência das revoltas burguesas e liberais. Demonstra que tal fato foi o marco inicial do nascimento do Estado Democrático de Direito. Após, enumera as gerações/dimensões dos direitos fundamentais. Contudo, antes de adentrar às classificações, levanta considerações sobre a nomenclatura a ser utilizada (gerações ou dimensões). Finaliza-se o artigo com a apresentação das considerações finais sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estado Democrático de Direito. Dimensões. Gerações.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico. 2.1 Do Estado Absoluto ao Estado de Direito. 2.2 Estado Democrático de Direito. 3 As gerações/dimensões dos direitos fundamentais. 3.1 Introdução. 3.2 Primeira geração/dimensão. 3.3 Segunda geração/dimensão. 3.4 Terceira geração/dimensão. 3.5 As novas gerações/dimensões. 4 Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm por função assegurar a todos a existência digna, livre e igual, criando as condições ideais para a plena realização do homem e da sociedade. Por referida importância, o Estado tem a incumbência de respeitá-los. Tratam-se de direitos variáveis, que sofreram mudanças de concepção ao longo dos tempos. Diante das diferentes necessidades e interesses do homem em cada época da História, os direitos foram ganhando novas conotações, modificando-se ao passar dos anos. A transformação é explicada pela geração/dimensão dos direitos

fundamentais, o que se passa a tratar. Para tanto, utilizou-se da metodologia de pesquisas bibliográficas, trazendo as opiniões de pesquisadores e doutrinadores que dominam o ramo em estudo.

2. BREVE HISTÓRICO

2.1 DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO DE DIREITO

O objetivo inicial da previsão dos direitos fundamentais era limitar a atuação do Estado, visando assegurar aos indivíduos algum poder de liberdade. "Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção aos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso de poder" (MARMELSTEIN, 2009, p. 34).

A base de toda essa concepção é retirada do pensamento de dois grandes filósofos dos séculos XVI/XVII, Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel. Hobbes é o autor da célebre frase: "o homem é o lobo do homem", fazendo crer que o homem era um ser ruim por natureza. Para ele, era necessário que existisse algo ou alguém controlando as ações dos homens, pois do contrário, não haveria paz suficiente. "Enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos" (HOBBS, Thomas, 2003, p. 102 apud MARMELSTEIN, 2009, p. 34). E a paz, para Hobbes, só seria encontrada se fosse dada "a força e o poder ao Estado personificado no soberano, que foi por ele comparado ao Leviatã, o monstro marinho citado na Bíblia que ninguém, a não ser o próprio Deus, seria capaz de dominar" (MARMELSTEIN, 2009, p. 34).

Este soberano deveria ter poder absoluto, e nada que fizesse poderia ser contestado. "O soberano julgava, mas não poderia ser julgado. O soberano legislava, mas não estava submetido à própria legislação que ele editava. Enfim, o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus" (MARMELSTEIN, 2009, p. 34-35). E esses foram os argumentos utilizados pelos governos adotados nos séculos XV a XVIII, o chamado Estado absoluto, modelo político utilizado por muitos países ocidentais na citada época.

Outro pensador que seguia uma linha de raciocínio semelhante era Nicolau Maquiavel. Sua principal obra foi o livro "O príncipe", escrito em 1512. Este filósofo defendia que o soberano deveria fazer o que fosse necessário para se manter no poder, o que se pode concluir em sua mais

famosa frase: “os fins justificam os meios”. Para ele, as duas formas de se manter no poder era, ou através das leis, ou com base na força. Dizia, ainda, “um príncipe não deve ter outro objetivo ou outro pensamento, nem cultivar outra arte, a não ser a da guerra, juntamente com as regras e a disciplina que ela requer” (MAQUIAVEL, Nicolau, 2007, p. 119 apud MARMELSTEIN, 2009, p. 35).

Portanto, o que se tem da junção dos pensamentos dos dois grandes filósofos é o seguinte:

O resultado dessa mistura de Hobbes e Maquiavel é um Estado forte (Leviatã), absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder. Para que os fins fossem atingidos, a lei não deveria ser empecilho. Em outros termos: a vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica. Não haveria limites para o poder estatal. (MARMELSTEIN, 2009, p. 36)

Nesse contexto, em que os atos do Estado eram tomados de formas arbitrárias, surge a necessidade de reconhecer os direitos fundamentais através de mecanismos que efetivamente os protegessem, um Estado que teria preocupações éticas e fosse juridicamente limitado. Diante deste prisma, surgem as revoluções que acabariam com essa forma de realizar política, criando o chamado Estado Democrático de Direito, como se verá no tópico seguinte.

2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em seu mais famoso livro, chamado “A política”, publicado em 1603, Johannes Althusius, foi um dos primeiros filósofos a contestar o poder absoluto dos reis. “[...] todo poder é limitado por limites definidos e pelas leis. Nenhum poder é absoluto, infinito, desenfreado, arbitrário e sem leis. Todo poder está atado às leis, aos direitos e à equidade” (ALTHIUSIUS, Johannes, 1995, p. 75 apud MARMELSTEIN, 2009, p. 36-37). Esse também era o pensamento de John Locke:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo

legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. (LOCKE, John, 2003, p. 76 apud MARMELSTEIN, 2009, p. 37)

Para Locke, as pessoas voluntariamente passariam a viver juntas em sociedade. A fim de manter a integralidade, tornava-se necessário o respeito às leis existentes. Estas deveriam ser criadas pela vontade dos membros da sociedade, e não somente pelo soberano. Havia, portanto, por parte de Locke, uma previsão acerca da separação dos poderes, já que estabelecia que o poder de legislar e o poder de governar não deveria pertencer a mesma pessoa.

A técnica de separação dos poderes – instituto básico do Estado de Direito – caminha lado a lado com os direitos fundamentais. De fato, o sistema de freios e contra pesos (*cheks and balances*) é essencial para evitar o abuso de poder e, conseqüentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal. (MARMELSTEIN, 2009, p. 38, grifo do autor)

A Revolução Francesa trouxe, também, grandes ideais que ainda têm importante validade. O Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dizia que: “o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação dos poderes, não possui Constituição”. Ou seja, um país que se diz democrático deve estabelecer mecanismos eficientes a fim de proteger os cidadãos do arbítrio estatal, algo que é observado pelos países ocidentais atualmente, visto que o poder de elaboração das leis, obrigando o governante a respeitá-las, é transferido ao povo. “É o governo do povo, pelo povo e para o povo, de acordo com as palavras imortalizadas por Abraham Lincoln, proferidas no famoso Discurso de Gettysburg em 1863” (MARMELSTEIN, 2009, p. 39). Tem-se aí o modelo chamado de Estado Democrático de Direito.

3. AS GERAÇÕES/DIMENSÕES DOS DIREITOS

3.1 INTRODUÇÃO

É com a criação de instrumentos capazes de limitar o poder estatal, bem como o estabelecimento de meios que possibilitassem a participação do povo nas decisões do Estado, ou seja, com o advento do Estado Democrático de Direito, que nasce a concepção normativa dos direitos fundamentais, capazes de serem invocados perante uma autoridade.

A importância dada a tais direitos foi sendo conquistada aos poucos, através da evolução histórica da sociedade, moldando-se a carga cultural, social, econômica etc. "Para ilustrar essa evolução, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante." (MARMELSTEIN, 2009, p. 40). Essa teoria é muito difundida pelo mundo e utilizada por vários juristas. Eis a teoria:

a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (**liberté**), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (**égalité**), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (**fraternité**), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2009, p. 40)

Portanto, para este jurista, os direitos fundamentais são de três gerações. Há quem defenda estar ultrapassada a utilização do termo "geração", visto que não daria a ideia correta ao tema. Para estes, o ideal seria utilizar o termo "dimensão", o qual tornaria a concepção acerca do assunto mais fidedigna.

Utilizando-se a palavra "geração", cria-se a errada concepção de que o grupo de direitos seguintes estariam superando os anteriores, substituindo por completo o primeiro rol de direitos. Considerando se tratar de uma visão distorcida do assunto, o ideal seria utilizar a expressão

“dimensão”, pois os grupos de direitos, surgido em épocas diferentes, convivem harmoniosamente, complementando-se onde é necessário. “O termo ‘gerações’ recebe algumas críticas tendo em vista que pode gerar uma visão errônea de substituição de direitos com o tempo, ou de superação de direitos, e hoje o termo mais aceito seria o que traz a ideia de ‘dimensões’”. (BAHIA, 2017, p. 109). “Dentre vários critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou, como prefere a doutrina mais atual, ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, por entender que uma nova ‘dimensão’ não abandonaria as conquistas da ‘dimensão’ anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária”. (LENZA, 2016, p.1.237)

A seguir, passa-se a analisar cada geração/dimensão.

3.2 PRIMEIRA GERAÇÃO/DIMENSÃO

Vivia-se um Estado autoritário, acima de tudo arbitrário, em que o soberano tinha poderes absolutos e ilimitados. O campo de liberdade era mínimo e o cidadão se sentia sufocado em todos os aspectos da vida. Era comum pessoas discordarem da forma de vida levada e contestar o governo, vindo a serem perseguidas pelo Estado. “Quem não se recorda das perseguições sofridas por Copérnico e Galileu, ao longo dos séculos XVI e XVII, por defenderem que a Terra gira em torno do Sol e não o contrário?” (MARMELSTEIN, 2009, p. 42).

O Estado ainda cobrava valores de impostos absurdos, sendo que, a nobreza e o clero, mesmo já cheios de privilégios, não pagavam a exorbitante taxa a título de carga tributária que era cobrada do povo. Os plebeus também não participavam das decisões. Devido ao descontentamento da sociedade com essa forma de vida, surgiram diversas revoltas a fim de liquidar essa forma de governar.

A Igreja Católica sofre um enfraquecimento considerável com a Reforma Protestante, que foi impulsionada pelas “95 teses” de Martinho Lutero. O Iluminismo, “[...] que enaltecia a razão e a ciência como ferramentas para conhecer a verdade” (MARMELSTEIN, 2009, p. 43), possibilitou que o desenvolvimento das ideias se tornasse uma mola propulsora para o progresso da sociedade. Nesse mesmo contexto, a descoberta de novos mundos fez com que a burguesia, que não tinha tanta importância até então, desenvolvesse um papel fundamental no comércio, passando a exigir maior participação nas decisões políticas. Essa pretensão

ganhou força com a obra de Adam Smith, o seu famoso livro *“A riqueza das nações”*, publicado em 1776. “Para Smith, o Estado não deveria intervir na economia, pois o mercado seria capaz de se autorregular” (MARMELSTEIN, 2009, p. 44). Dizia ele que “[...] a função do Estado seria somente a de proteger a propriedade e garantir a segurança dos indivíduos, permitindo que as relações sociais e econômicas se desenvolvessem livremente” (MARMELSTEIN, 2009, p. 44). “Essas ideias serviram como uma luva para proteger os interesses da burguesia que estava na iminência de alcançar o poder político” (MARMELSTEIN, 2009, p. 44).

Em consequência, estouraram as Revoluções liberais ou burguesas, fazendo com que o Estado absoluto cedesse lugar ao Estado democrático de direito. Os valores defendidos pelo liberalismo estiveram presentes nas Declarações de Direitos proclamadas no período, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana (Independência dos EUA).

Nesse período, portanto, foram reconhecidos os direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade de profissão etc., bem como os direitos políticos, “[...] cuja principal finalidade era e ainda é a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, [...] entre outros”. (MARMELSTEIN, 2009, p. 45). Portanto, os direitos de primeira geração são conhecidos como: direitos civis e políticos.

Apesar de praticamente todas as declarações preverem o princípio da igualdade, não havia um interesse claro em efetivar esse direito. “Em outros termos, não havia nenhum propósito de estender a igualdade ao terreno social, ou de condenar a desigualdade econômica real que era manifesta naquele momento” (MARMELSTEIN, 2009, p. 45). A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 pelo parlamento francês, diz: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Mesmo afirmando isso, no mesmo ano foi decidido na França que só votariam os homens que tivessem posse. A escravidão ainda era presente em quase todos os países e quando as classes sociais reivindicavam algum direito, “[...] o Estado passava a agir, intensamente, para impedir a mudança social” (MARMELSTEIN, 2009, p. 46). “Era comum

o apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir e prender lideranças operárias, apreender jornais e destruir gráficas, demonstrando que até mesmo a tão enaltecida liberdade era somente de fachada” (MARMELSTEIN, 2009, p. 46).

Notório observar que, mesmo previsto no ordenamento jurídico, a igualdade só era dada a quem, pelo poder que detinha, “merecesse”. Vários setores da sociedade estavam revoltados com a igualdade meramente formal, que não saía do papel. A fim de obter inclusão social a um nível superior, os prejudicados passaram a reivindicar os seus direitos. É nesse meio que surgem os direitos fundamentais de segunda geração.

3.3 SEGUNDA GERAÇÃO/DIMENSÃO

A chamada Revolução Industrial (século XIX), que trouxe novas e eficientes técnicas de produção, possibilitou um crescimento econômico nunca antes visto. Porém, esse crescimento exagerado se deu à custa do sacrifício de grande parte da população, uma vez os direitos dos trabalhadores não era totalmente respeitados. Enquanto uns detinham boas condições de vida, outra grande parte chegava a passar fome, gerando um grande descontentamento por parte do povo. O Estado já não era mais capaz de manter a harmonia social. “Em 1848, Karl Marx escreveu seu célebre *Manifesto Comunista*, conclamando os trabalhadores do mundo todo a se unirem para a tomada do poder e, conseqüentemente, construir uma ditadura do proletariado” (MARMELSTEIN, 2009, p. 48).

Em 1917, na Rússia, teve-se a primeira grande revolução socialista, fazendo com que algo fosse feito a fim de modificar o modelo até então adotado. A própria Igreja, que até então se mantinha neutra, através da encíclica **Rerum novarum**, publicada em 15 de maio de 1891, apoiava o reconhecimento dos direitos trabalhistas e criticava as condições de vida dos trabalhadores. Sem deixar de lado das características formadoras do capitalismo (economia de mercado, livre-iniciativa e proteção da propriedade privada), surge o Estado do bem-estar social, que garante promover maior igualdade social e garantir as condições básicas para uma vida digna. Portanto, diversos direitos são reconhecidos: piso salarial, o direito de greve e de sindicalização, o direito à férias, etc., “[...] fruto da constatação de que a liberdade contratual dos trabalhadores é ilusória, tendo em vista estarem em uma posição de fragilidade e, por falta de

opção, sempre aceitarem as imposições dos empregadores” (MARMELSTEIN, 2009, p. 49).

Além da previsão desses direitos trabalhistas, também se reconheceu garantir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, garantir um mínimo de liberdade através de condições básicas de sobrevivência. “Afim, a liberdade não é só a ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas” (SARMENTO, Daniel, 2006, p. 146 apud MARMELSTEIN, 2009, p. 49). As primeiras Constituições a positivarem esses direitos foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

Ao mesmo tempo, devido à crise de 1929, em que houve uma grande quebra da Bolsa de Valores de New York, gerando uma recessão financeira até então nunca vista, os Estados Unidos da América, que após o término da Primeira Guerra Mundial, tornavam-se a principal potência do mundo, tiveram que adotar medidas a fim de não mais possibilitar esse tipo de acontecimento. Para dar resposta ao que ficou conhecido como “Grande Depressão”, ocorrido devido ao fato de o Estado não intervir na economia, o então presidente Franklin Roosevelt, adotou um programa de medidas políticas a fim de fazer com que os EUA saíssem da crise, movimentando novamente a economia norte-americana, como também reconhecendo vários direitos sociais a seus trabalhadores. Esse pacote de medidas ficou conhecido como *New Deal*.

A Suprema Corte norte-americana, até então, exarava decisões contrárias aos direitos dos trabalhadores. Como exemplo, apresenta-se o caso *Adkins vs. Children’s Hospital*, julgado em 1923, onde o Tribunal invalidou lei que reconhecia o direito a piso salarial mínimo a mulheres e crianças. “Para a Corte, a adoção de leis que protegem os trabalhadores representava uma interferência indesejada na vontade livre das partes contratantes” (MARMELSTEIN, 2009, p. 50). Tal panorama veio a ser mudado com o ideal trazido pelo presidente Roosevelt, tendo como marco inicial o caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, em 1937, onde a Corte entendeu ser válida lei que criava pisos salariais. A partir de então, os Estados Unidos da América, apesar de um nível menos intenso que os outros países ocidentais, decorrente de não constar expressamente em sua Constituição a alusão a valores sociais, apenas cláusula genérica acerca do direito de

igualdade (Emenda 14), passou a respeitar os chamados direitos do bem-estar social. No Brasil, foram as Constituições de 1934 e de 1946 que iniciaram a positivação dessa geração/dimensão de direitos.

Observa-se que os direitos de primeira geração tinham como objetivo a limitação do poder estatal como também assegurar a participação do povo no gerenciamento público. Os direitos de segunda geração, por sua vez, objetivam criar diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, com o intuito de possibilitar ao indivíduo mínimas condições de vida e de dignidade humana. “Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade” (MARMELESTEIN, 2009, p. 52).

3.4 TERCEIRA GERAÇÃO/DIMENSÃO

Com o advento da “ [...] constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, [...] tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores” (MARMELESTEIN, 2009, p. 52).

Em resposta ao nazismo, surge um movimento mundial de solidariedade e inúmeros tratados vem sendo assinados a fim de proteger os valores ligados à dignidade da pessoa humana. Um deles é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. E a fim de dar segurança e efetividade a esses tratados, alguns Tribunais Internacionais de Direitos Humanos foram criados. Portanto, os direitos fundamentais de terceira geração surgem nesse contexto histórico. Alguns exemplos desses direitos são: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, etc.

Tratam-se dos direitos metaindividuais, ou transindividuais, que pertencem a coletividade de pessoas.

3.5 AS NOVAS GERAÇÕES/DIMENSÕES

Considerando o ser humano como um ser entrópico, ou seja, em constante busca pelo seu bem estar social, é natural que o rol de direitos fundamentais não seja imutável. Por isso, é possível se falar em novas gerações, que vem surgindo com os avanços tecnológicos, com a globalização e com as descobertas da genética. “As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do

aquecimento do planeta [...], entre outros riscos e ameaças da atualidade, fazem que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade” (MARMELSTEIN, 2009, p. 54). Para alguns doutrinadores como, “Paulo Bonavides, por exemplo, defende que o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais”. (MARMELSTEIN, 2009, p. 55).

A quinta dimensão estaria relacionada basicamente ao direito a paz. “Conforme já dissemos, o direito à paz foi classificado por Karel Vasak como de 3.^a dimensão. Bonavides, contudo, entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade.” (LENZA, 2016, p. 1.240)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se compreender a importância dos direitos fundamentais. Observou-se que não ostentam a característica da imutabilidade. Pelo contrário, a dinâmica da vida em sociedade provocou, ao longo dos anos, de maneira lenta e gradual, a evolução dos direitos fundamentais. Neste trabalho, pode se observar a transformação dos direitos surgidos após o nascimento do Estado Democrático de Direito, bem como a respectiva nomenclatura que foi dada a cada época.

5. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGUIAR, Celso Azoury Telles de. **As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 23 de julho de 2009. Acesso em: 03 de novembro de 2010.

BAHIA, Flávia. **Coleção Descomplicando. Direito constitucional**. 3 ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 25 de outubro de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm >. Acesso em: 20 de outubro de 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Novo Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/.../L10406.htm >. Acesso em: 20 de outubro de 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. **Hermenêutica para vinculação particulares aos direitos fundamentais. Direitos Sociais e**

Políticas Públicas - desafios contemporâneos. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414. Acesso em 07 de novembro de 2010.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009.

A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS E DO NÚMERO DE AÇÕES DISTRIBUÍDAS À JUSTIÇA TRABALHISTA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O BRASIL E O JAPÃO

MAURICIO EVANDRO CAMPOS COSTA:

Mestrando do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador da Universidade de São Paulo.

Resumo: O presente artigo tem o intuito de comparar a evolução dos sistemas de resolução dos conflitos laborais e do número de ações distribuídas às Justiças Trabalhistas do Brasil e do Japão. Para tanto, o texto busca averiguar as semelhanças existentes entre as formas como essa evolução ocorreu nos dois países, destacando, ainda, as diferenças sociais e culturais, existentes entre eles.

Palavras-chaves: Sistemas de resolução de conflitos. Ações trabalhistas. Japão. Direito Comparado.

Sumário: Introdução. Análise do cenário brasileiro. Estudo da situação vivenciada no Japão. Conclusão. Referências.

Introdução

A pesquisa de direito comparado costuma revelar que não há uma universalidade acerca do tratamento legislativo de um determinado instituto e, muito menos, dos efeitos que as normas produzem na sociedade, nem mesmo em um mundo globalizado, como é o atual.

Com efeito, fatores locais, compostos por diferentes condições de ordem social, cultural, política e econômica são capazes de influenciar sobremaneira nos fenômenos humanos ocorridos em uma localidade.^[1]

É corrente a afirmação de que no Brasil há uma alta litigiosidade concernente às relações de trabalho. É comum, ainda, o censo de que tal fato advém de um elevado índice de descumprimento dos direitos trabalhistas. Resulta daí, ao que parece, o colossal número de ações trabalhistas ajuizadas todos os anos na Justiça do Trabalho, ramo do Poder Judiciário especializado para a análise e julgamento dessas questões.

No Japão, ao contrário, o número de ações trabalhistas ajuizadas é extremamente reduzido. Tanto é que nesse país não há um órgão do Poder Judiciário com o mesmo aparato e relevância que a Justiça do Trabalho detém no Brasil.

O presente artigo busca exatamente identificar as razões pelas quais a diferença de litigiosidade trabalhista nas duas nações é tão acentuada, sem pretensão de esgotar o tema. Para tanto, além de apontar fatores de ordem social e cultural, o texto expõe as formas como os sistemas de resolução de conflitos laborais são estruturadas em ambos os países.

I. Análise do cenário brasileiro

No Brasil, os conflitos laborais coletivos e individuais são resolvidos pela Justiça do Trabalho. Embora tenha sido organizada sistematicamente como órgão para o exercício dessa função em 1939, pelo Decreto Lei n. 1237, a Justiça do Trabalho somente foi integrada efetivamente ao Poder Judiciário do país em 1946, por meio do artigo 94, V, da Constituição Republicana e do Decreto Lei n. 9797/46, ambos promulgados naquele ano.^[2]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento do patamar constitucional de diversos direitos fundamentais, dentre eles vários direitos trabalhistas, previstos no artigo 7º, dessa Carta Magna. Com o objetivo de efetivar a aplicação de tais direitos, a Constituição Federal de 1988 arquitetou um complexo de garantias processuais.

Não obstante a relevância das alterações normativas de 1988, uma das mais relevantes reformas legislativas ocorridas no âmbito do

sistema de resolução dos conflitos laborais no país, foi a extinção da representação classista, realizada por meio da promulgação da Emenda Constitucional n. 24/99. A partir desse ano, os órgãos de julgamento dos conflitos individuais passaram a ser compostos somente por juízes togados, que ingressam no órgão por meio de concurso público específico, deixando de ser prevista, nos respectivos processos judiciais, a participação de juízes leigos.

Há entendimento que afirma que essas alterações legislativas, com a criação e a autonomia da Justiça do Trabalho e a profissionalização dos magistrados, somadas à existência de um procedimento mais simples, que privilegia a oralidade e a concentração de atos em audiência, resultaram no aumento da confiança do cidadão, que passou a acionar o órgão com mais frequência.^[3] Enquanto em 1988, a Justiça do Trabalho possuía cerca de um milhão de processos, em 2008, esse número já ultrapassava a ordem dos dois milhões e meio. Em época recente, o número de processos trabalhistas em trâmite nessa Justiça especializada ultrapassou a ordem dos três milhões, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho.^[4]

Outra corrente, todavia, afirma que o incremento do número de processos na Justiça do Trabalho não guarda qualquer conexão com o grau de confiança que a população deposita no Poder Judiciário. Esse posicionamento aduz que o aumento do número de processos é resultado lógico da morosidade da Justiça Laboral.

Para aqueles que defendem esse ponto de vista, há um ciclo vicioso: o empregador já considera a morosidade quando não paga os direitos trabalhistas, tendo a ciência de que eventuais valores auferidos pelos seus empregados na Justiça somente serão efetivamente soerguidos após um longo período. Surge, assim, em razão da decisão do empregador pela inadimplência, um novo processo, que irá aumentar as filas e, por consequência, a mora da Justiça.^[5]

Além disso, para os defensores dessa corrente, a quantidade crescente de demandas advém do aumento da complexidade das matérias

submetidas à apreciação do Poder Judiciário Laboral, como decorrência lógica das mudanças ocorridas no mundo do trabalho.

Nesse contexto, relações autônomas de trabalho, terceirização, flexibilização e precarização dos direitos trabalhistas, fatores que sobrevieram notadamente a partir da década de 1990, são alguns dos exemplos que influenciaram na complexidade atual dos conflitos na área do Direito do Trabalho. Como decorrência, houve o incremento do número de embates submetidos formalmente à Justiça do Trabalho, notadamente após o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, que ampliou a competência da Justiça Especializada, que passou a abarcar a resolução de qualquer conflito relacionado à relação de trabalho, e não mais apenas à de emprego.^[6]

O ordenamento jurídico trabalhista brasileiro até experimentou tentativas de diminuir o número dos conflitos distribuídos à Justiça do Trabalho.

Como exemplo, no ano 2000, sobreveio a Lei n. 9958, que determinou que qualquer demanda de natureza trabalhista fosse submetida a um órgão não judicial, a denominada Comissão de Conciliação Prévia, antes de ser distribuída ao Poder Judiciário. Entretanto, a aludida submissão que, a princípio, tinha caráter obrigatório, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal, uma mera faculdade, tendo caído hodiernamente em total desuso.

Com a reforma trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017, a esperança que o número de ações distribuídas à Justiça do Trabalho seja reduzido se renova. Isso porque a nova legislação impõe condições outrora inexistentes para o ingresso de ações trabalhistas, a exemplo da possibilidade de condenação do reclamante a pagar honorários advocatícios ao advogado da empresa reclamada, caso haja a improcedência total dos seus pedidos. Notícias atuais do Tribunal Superior do Trabalho trazem indícios de que essa redução ocorrerá. Porém, ainda não é possível alcançar uma conclusão nesse sentido, tendo em vista o curto período de vigência que possui essa lei.^[7]

II. Estudo da situação vivenciada no Japão

A evolução dos sistemas de resolução dos conflitos trabalhistas japoneses, por sua vez, revela um contexto fático que, sob determinados aspectos, pode até ser considerado razoavelmente semelhante ao cenário brasileiro. Porém, outros aspectos, como a forma de composição escolhida para o órgão de julgamento e as consequências advindas das alterações legislativas, precipuamente no que concerne ao sucesso das tentativas de implementação dos meios não judiciais de solução de conflitos laborais, foram bem diferentes. Passemos a analisar essa evolução.

Antes das reformas políticas estruturais advindas da crise do mercado imobiliário da década de noventa, o sistema de resolução de conflitos trabalhista japonês destinava especial atenção apenas aos litígios coletivos laborais. Esses conflitos coletivos eram solucionados pela denominada Comissão do Trabalho, por meio de seus processos de mediação, conciliação e arbitragem.^[8]

A relevância desse sistema coletivo de solução de conflitos advinha do fato de que, à época, o Japão se encontrava em um período de recuperação econômica, fruto do pós-guerra, no qual o país experimentou grandes greves e *lock-out's*, envolvendo demandas por aumento salarial ou concernentes a dispensas por motivos econômicos.

Já os conflitos laborais individuais, nessa época, eram muito raros e sequer possuíam um sistema específico de solução no Japão. Tais disputas eram confiadas a um tribunal comum, sendo levadas a cabo em procedimentos civis ordinários, cuja competência era de juízes pertencentes à carreira da magistratura ordinária, que não detinham qualquer especialização na seara trabalhista.^[9]

Nos estudos sobre o tema, é comum a afirmação de que a raridade de embates individuais nas relações laborais no Japão estava calcada na não-litigiosidade geral da sociedade japonesa, característica que, na realidade, se mantém até os dias atuais.

Desde o início da década de 1990, porém, o número de litígios que envolveram relações de trabalho sofreu um razoável incremento no Japão. O aumento das queixas individuais dos trabalhadores japoneses

nesse período pode ser atribuído, principalmente, à reestruturação e enxugamento do quadro de pessoal das empresas, fruto da crise da bolha imobiliária ocorrida no país.

Dessa forma, a intensificação da concorrência no mercado global e, em particular, a advinda da ascensão das outras economias asiáticas, pressionaram as empresas japonesas a exercer esforços acentuados para cortar custos (suspensão de novas contratações, incentivo à aposentadoria antecipada, etc.), resultando no aumento da insatisfação dos trabalhadores.

Outro fator que resultou no incremento do aumento do número de conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário japonês foi a diversidade das espécies de trabalhadores no mercado de trabalho surgida à época. Com efeito, o número de trabalhadores atípicos (trabalhadores empregados por contratos a termo, a tempo parcial ou trabalhadores decorrentes de agências de emprego ou com contratos não assalariados) aumentou de forma considerável, precipuamente para que fosse possível reduzir custos de pessoal nas empresas, em fenômeno muito parecido, aliás, com aquele que, como visto, ocorreu no Brasil.^[10]

Em razão do aumento de número de litígios, tornou-se necessário que o sistema de resolução dos conflitos laborais no Japão sofresse uma grande reforma. Nesse propósito, a maior demanda da população foi pela construção de um serviço especializado, de ordem administrativa, para lidar com os conflitos individuais de trabalho de forma abrangente e eficiente.

Em razão disso, o Ministério da Previdência e do Trabalho criou um órgão de aconselhamento de nível nacional para tratar dos variados tipos de queixas trazidas pelos trabalhadores. Esse órgão, existente em cada uma das 47 (quarenta e sete) Províncias japonesas, também é responsável até hoje por oferecer serviços de conciliação e mediação, disponibilizados a pedido dos trabalhadores interessados.^[11]

As dificuldades enfrentadas pela indústria japonesa e os problemas trabalhistas daí advindos evidenciaram a importância de se alterar também os sistemas judiciais, tal como ocorreu no Brasil. Os anos posteriores à crise da bolha imobiliária foram marcados por reformas

significativas, promovidas pelo Poder Legislativo japonês (*Diet*) em todos os sistemas legislativos do país, em um projeto denominado 'Justice System Reform Act'.[\[12\]](#)

Após essa reforma, a estrutura do Poder Judiciário do país passou a guardar grande similitude com aquela existente no Brasil, detendo, porém, algumas diferenças pontuais. Há, no Japão, uma Corte Suprema, responsável pelo julgamento de questões constitucionais.[\[13\]](#) Abaixo dessa Corte, sob o aspecto da organização judiciária, há 8 (oito) Tribunais Superiores, localizados nas principais cidades do país. Esses Tribunais são responsáveis por julgar os recursos advindos das Cortes Distritais e das Cortes de Família, que podem ser consideradas os órgãos de primeira instância do país, ao lado das Cortes Sumárias (por volta de quatrocentas unidades), sendo que essas últimas julgam apenas casos de baixa relevância.[\[14\]](#)

No que concerne aos litígios laborais, o aludido projeto legislativo resultou, em 2004, na criação do denominado Sistema do Tribunal do Trabalho, que entrou em vigor em 2006.

Por meio desse sistema, qualquer das partes da relação trabalhista passou a poder iniciar uma disputa no âmbito de um Tribunal Laboral, composto por um juiz de carreira e dois peritos a tempo parcial. Todos esses profissionais são especializados em matéria trabalhista e fazem, em um primeiro momento, um procedimento de mediação. Se tais esforços conciliatórios falharem, esse tribunal presta uma decisão referente ao mérito do caso, que, no entanto, não é vinculativa. Dessa forma, se qualquer das partes contestar a decisão, o processo será transferido para uma Corte Distrital e seguirá para ser julgado segundo as regras do processo civil comum, ainda em sede de uma primeira instância realmente judicial.[\[15\]](#)

Poucos anos após o advento da alteração legislativa acima transcrita, o que se viu é que, embora o número de empregados japoneses que se socorreram ao Poder Judiciário tenha de fato aumentado, ainda havia no Japão um baixo número de ações judiciais trabalhistas. Dados do ano de 2009, por exemplo, demonstram que, enquanto o número de

processos trabalhistas ajuizados no Brasil, como já observado, ultrapassava o número de dois milhões[16], no Japão, esse número chegou apenas a três mil processos.[17]

Hodiernamente, o número de processos trabalhistas no Brasil vem sofrendo decréscimo, possivelmente em razão das disposições da reforma trabalhista, conforme já exposto. Porém, no Japão, há uma singela elevação nesse número, ocorrência que mantém incólume a abissal diferença da quantidade de feitos existente entre ambas as nações, ainda que consideradas as desproporções territoriais e populacionais de ambos os países.

Há entendimento no sentido de que o baixo índice de processos ajuizados no país é resultado dos meios não adjudicatórios (não judiciais) de resolução de conflitos.[18] Quanto às demandas trabalhistas, afirma-se que esse resultado é a consequência da eficácia das atividades desenvolvidas nos órgãos extrajudiciais, mormente nas agências do Ministério da Previdência e do Trabalho, acima descritas.

Em 2008, quase nove mil casos foram submetidos a essas agências de conciliação, ou seja, quase três vezes o número de casos distribuídos ao Poder Judiciário. Desses nove mil casos, trinta por cento foram resolvidos mediante acordo, ainda nessa instância administrativa, sem a necessidade de que o litígio reverberasse na seara judicial.[19]

Entretanto, Masato Ninomiya destaca outro importante fator que resulta no diminuto número de ações trabalhistas distribuídas ao Poder Judiciário do país oriental. Leciona o professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco que a sociedade japonesa entende que as relações humanas são governadas por regras de conduta não-escritas, denominadas *on* e *giri*, que representam a obrigação de se conduzir de forma adequada e harmônica a relação com uma outra pessoa. Nessa concepção, a hierarquia adquire muita importância, na medida em que os deveres que um indivíduo tem para com o outro diferem conforme se encontrem em posições sociais diversas. Dessa maneira, a ausência de irresignação quanto às decisões das pessoas consideradas

hierarquicamente superiores é uma característica da sociedade japonesa.^[20]

Esse fator social, conforme destaca Masato, refere-se à compreensão japonesa de imutabilidade das regras que governam a natureza, advindas das doutrinas confucionista, budista e xintoísta, imensamente difundidas no país. O reflexo disso é uma concepção organicista de sociedade, na qual o homem é apenas um membro, parte de um todo, menos sujeito de direitos, do que de deveres e razão pela qual a apreensão dos denominados direitos individuais não é tão relevante para o cidadão.

Em outras palavras, entende-se que há de forma bastante acentuada na sociedade japonesa um sentimento de grupo, que prevalece sobre o indivíduo. Esse sentimento de pertencimento a algo coletivo no qual se insere todos aqueles que estão no mesmo nível, somado à relevância e ao respeito que é dado ao aspecto da hierarquia, faz com que o ingresso em juízo seja considerado algo prejudicial à harmonia da comunidade e, assim, moralmente incorreto.

Todos esses fatores, em suma, contribuem para a denominada baixa litigiosidade da sociedade japonesa, com reflexos importantes, com visto, inclusive no número de ações trabalhistas existentes no país.

Conclusão

A comparação entre a evolução dos sistemas de resolução dos conflitos trabalhistas e entre o número de ações existentes no Japão e no Brasil é capaz de trazer à tona uma hipótese, aqui expressa a título de conclusão.

A litigiosidade dos trabalhadores não decorre apenas da forma de estruturação dos órgãos responsáveis pela solução dos conflitos e tampouco do advento de fatores econômicos que resultam no aumento do descumprimento dos direitos trabalhistas. Como visto, Brasil e Japão possuem histórias de desenvolvimento das estruturas judiciais trabalhistas semelhantes (embora atualmente contenham órgão julgador com

composições diversas). Esses países também possuíram alterações econômicas, com reflexos no desenvolvimento no mundo do trabalho, igualmente similares.

Todavia, não obstante esses fatores, aspectos sociológicos de ordem cultural e comportamental parecem influenciar de maneira significativa para a imensa diversidade do grau de litigiosidade existente entre os dois países.

Referências

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2>> Acesso em: 15/06/18.

BEZERRA LEITE; Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 10 ed. São Paulo:LTR, 2012.

GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. *The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*. in: Curtis J., Mark J. Ramseyer, & Mark D. West. *The Japanese legal system: cases, codes, and commentary*. University casebook series. Saint Paul: Foundation Press, Thomson/West, 2006.

GOODMAN, Carl F. *Justice and civil procedure in Japan*. Dobbs Ferry, New York:Oceana Publications, 2004.

HALEY, John Owen. *The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust*. in: Curtis J., Mark J. Ramseyer, & Mark D. West. in: Curtis J., Mark J. Ramseyer, & Mark D. West. *The Japanese legal system: cases, codes, and commentary*. University casebook series. Saint Paul: Foundation Press, Thomson/West, 2006.

HAMAGUCHI, Keiichiro. *Analysis of the Content of Individual Labor Dispute Resolution Cases: Termination, Bullying/Harassment, Reduction in Working Conditions, and Tripartite Labor Relationships*. *Japan Labour Law Review*, vol. 8, n. 3, Summer 2011.

MOURA; Marcelo. *A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIREI) e a Competência da Justiça do Trabalho*. in: Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. Salvador:JusPODIVM, 2013.

NINOMIYA, Masato. Uma visão sobre o Direito do Trabalho no Japão. pp. 163-179. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67437/70047. Acesso em: 15/06/18.

ÖRÜRÜ; Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*. SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, 2004.

PIMENTA. José Roberto Freire. *Tutela de Urgências no Processo do Trabalho: O potencial Transformador das Relações Trbalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*. in: Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo:LTr, 2004.

RAMSEYER, J. Mark. *Second-Best Justice: The Virtues of Japanese Private Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

SUGENO, Kazuo. Judicial Reform and the Reform of the Labor Dispute Resolution System. *Japan Labour Law Review*, vol. 3, n.1, Winter 2006.

Notas:

[1] ÖRÜRÜ; Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*. SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, 2004.

[2] BEZERRA LEITE; Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. São Paulo:LTR, 2012. pp. 128-135.

[3] MOURA; Marcelo. *A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIREI) e a Competência da Justiça do Trabalho*. in: Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. Salvador:JusPODIVM, 2013. pp. 546-550.

[4] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2>> Acesso em: 15/06/18.

[5] PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutela de Urgências no Processo do Trabalho: O potencial Transformador das Relações Trbalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*. in: *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. pp. 342-349.

[6] *Ibidem*. pp. 342-349.

[7] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2>> Acesso em: 15/06/18.

[8] SUGENO, Kazuo. Judicial Reform and the Reform of the Labor Dispute Resolution System. *Japan Labour Law Review*, vol. 3, n.1, Winter 2006. pp.4-12.

[9] *Ibidem*. pp. 4-12.

[10] SUGENO, Op. cit. pp. 04-08.

[11] HAMAGUCHI, Keiichiro. Analysis of the Content of Individual Labor Dispute Resolution Cases: Termination, Bullying/Harassment, Reduction in Working Conditions, and Tripartite Labor Relationships. *Japan Labour Law Review*, vol. 8, n.3, Summer 2011. pp.118-137.

[12] GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. *The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*. in: Curtis J., Mark J. Ramseyer, & Mark D. West. *The Japanese legal system: cases, codes, and commentary*. University casebook series. Saint Paul: Foundation Press, Thomson/West, 2006. pp. 170-176.

[13] GOODMAN, Carl F. *Justice and civil procedure in Japan*. Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 2004. pp. 237-239.

[14] HALEY, John Owen. *The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust*. in: Curtis J., Mark J. Ramseyer, & Mark D. West. Op. cit. p. 110.

[15] GOODMAN, Carl F., Op. cit. pp. 244-245.

[16] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2>> Acesso em: 15/06/18.

[17] HAMAGUCHI, Op. cit., pp.118-137.

[18] RAMSEYER, J. Mark. *Second-Best Justice: The Virtues of Japanese Private Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. p. 34

[19] HAMAGUCHI, Op. cit., pp.118-137.

[20] NINOMIYA, Masato. Uma visão sobre o Direito do Trabalho no Japão. pp. 163-179. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67437/70047 Acesso em: 15/06/18.

A MEDIAÇÃO E O PROVIMENTO CNJ Nº 67/2018

FERNANDA DE FREITAS LEITÃO:

Bacharel em Direito em 1991 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, exerceu a advocacia na iniciativa privada, em seguida, admitida em concurso público, exerceu o cargo de Procuradora do Estado do Rio de Janeiro e, a partir de 1998, passou a atuar como quinta Tabeliã do 15o Ofício de Notas da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Membro da UINL - União Internacional do Notariado Latino. Estudou Mediação em Harvard, Estados Unidos da América.

Após o advento da Constituição de 1988, diversos novos direitos foram criados, principalmente, na área dos direitos sociais, como por exemplo, o direito à educação, à moradia, à saúde, à alimentação, à segurança, o direito do idoso, da criança, da pessoa com deficiência, entre tantos outros, ao mesmo tempo, que o nosso texto constitucional prevê a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Isso tudo fez com que o número de ações em trâmite nos nossos tribunais aumentasse exponencialmente, deixando o Poder Judiciário sem condições de atender de forma eficaz a todas as demandas.

Diante desse fato, o Governo Federal iniciou um movimento que chamamos de *desjudicialização*, modernamente, já chamado de *compartilhamento da justiça*, posto que, na verdade, não se trata de uma subtração, mas sim, de um compartilhamento com o Poder Judiciário da responsabilidade pelo esse número estratosférico de ações judiciais, transferindo-se determinadas questões que não envolvem litigiosidade, ou seja, de jurisdição voluntária, para os serviços extrajudiciais. Como exemplo dessa tendência, temos o reconhecimento da paternidade diretamente nos Registros Civis (Lei nº 8.560/92), o reconhecimento de filiação homoparental (Provimento CNJ nº 52/2016), e também, o da filiação socioafetiva, com o Provimento CNJ 63/17, que revogou o Provimento CNJ

nº 52/2016, o processamento do inventário, do divórcio e da separação extrajudiciais, diretamente nos Ofícios de Notas (Lei nº 11.441/07 e Resolução CNJ nº 35/2017), o reconhecimento da usucapião extrajudicial, diretamente no Registro de Imóveis (art. 1.071, do CPC e Provimento CNJ nº 65/2017).

Com esse mesmo objetivo foram editadas, igualmente, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/16), ou seja, como forma de desafogar o Poder Judiciário.

A MEDIAÇÃO E A ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO

Antes de adentrarmos ao nosso tema que é a mediação e os cartórios, é de suma importância que estabeleçamos a diferença entre mediação judicial e a mediação extrajudicial, para que possamos entender que tipo de mediação os cartórios poderão realizar.

Existem inúmeras diferenças entre a mediação judicial e a extrajudicial (www.cartorio15.com.br/centro de estudos/quadro sinótico das diferenças entre a mediação judicial e a extrajudicial), a começar que a mediação judicial, após o advento do novo Código de Processo Civil, no art. 334, passou a ser obrigatória, ou seja, proposta a ação, o réu não mais será citado para oferecer defesa, mas sim, para participar de uma audiência de conciliação ou de mediação. Além de ser obrigatória, a mediação judicial se desenvolve no âmbito de um processo judicial.

Além disso, para ser tornar um mediador judicial, deverão ser preenchidos requisitos mais rigorosos do que para se tornar um mediador extrajudicial.

Então, para ficar claro – a mediação que poderá ser realizada nos cartórios é a mediação extrajudicial -, é o que está explícito no art. 42, da Lei nº 13.140/16, “aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

Não resta dúvida, portanto, que os cartórios poderão realizar dentro das suas Serventias sessões de mediação, obviamente, atendendo a todas as exigências contidas na aludida Lei de Mediação.

Aliás, qualquer pessoa, que seja capaz, que tenha confiança das partes e que tenha sido capacitada para conduzir uma mediação, poderá ser mediador extrajudicial, ou seja, a lei quis ser o mais abrangente possível, passando a seguinte mensagem: o fundamental é conseguir, por meio da mediação, resgatar o fluxo de comunicação entre as partes e quem sabe se chegar a um acordo, não importando quem seja o mediador.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) caminhou em idêntico sentido, basta lermos o art. 13 da aludida lei:

"Art. 13 - Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes".

No entanto, os cartórios ficaram até março de 2018 impedidos de realizar mediação por determinação do Conselho Nacional de Justiça, proferida nos autos de uma consulta formulada por um Tabelião.

De acordo com a Decisão Terminativa de junho de 2017, enquanto não houvesse ato normativo editado pelo CNJ a regulamentar a matéria, estaria vedada a realização da atividade de conciliação ou mediação pelas autoridades cartorárias no âmbito extrajudicial.

Em 26 de março de 2018, o CNJ, por meio do Provimento nº 67, regulamentou os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro.

DA DIFICULDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Como vimos no capítulo acima, os serviços notariais e de registro prestarão o serviço de mediação, **facultativamente**, vide art. 2º, do Provimento CNJ nº 67/2018.

Não resta dúvida, que a mediação, caso seja realizada em um Tabelionato ou Registro, será uma **mediação extrajudicial**.

A Lei nº 13.140/2016, Lei da Mediação, sob a minha ótica, teve como escopo lançar a devida luz sobre esse já não mais tão novo método de solução de conflito – a mediação -, e explicitá-lo para toda a população, tanto é, que, reitere-se, no seu art. 9º, estabelece que qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, poderá ser um mediador.

A supracitada lei não condicionou a implementação da mediação a qualquer tipo de certificado, ao número de horas de prática e, tampouco, a autorização especial de algum órgão. Foi extremamente abrangente, de forma propositada.

No entanto, o Provimento CNJ nº 67/2018 determinou o cumprimento de diversas obrigações para que o serviço notarial ou de registro pudesse prestar o serviço de mediação ou de conciliação, impondo ao Tabelionato e ao escrevente as mesmas regras para se tornar um mediador judicial, que, como já foi dito anteriormente, são bem mais rígidas e complexas.

Então, vejamos:

- a) O serviço notarial e de registro deverá iniciar um processo para obter **autorização** para prestar esses serviços perante o NUPEMEC e CGJ;
- b) Poderá designar no máximo 5 (cinco) escreventes;
- c) O escrevente para ser mediador ou conciliador deverá ser certificado, de acordo com o Provimento CNJ nº 125/10, Anexo I, com a redação dada pela Emenda nº 2/2016 (que trata da mediação judicial), ou seja, ele terá que demonstrar que participou de 40hs/aula (teórica) + 100 horas de estágio, sendo que para que ele tenha o certificado terá que comprovar 100% (cem por cento) de frequência no módulo teórico;

- d) Além disso, o escrevente terá que, a cada 2 (dois) anos, comprovar curso de aperfeiçoamento;
- e) Os procedimentos de conciliação e de mediação nos Tabelionatos terão **dupla** fiscalização, uma pela Corregedoria Geral de Justiça e outra pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC);
- f) Fora isso, tanto a Lei nº 13.140/2016, no seu art. 42, como o Provimento CNJ nº 67/2018, em seu art. 13, determinam que o serviço notarial e de registro só poderá prestar o serviço dentro do âmbito da sua competência. Entendo que essas determinações tornarão a prestação do serviço muito confusa, haja vista que as competências por vezes podem gerar dúvidas;
- g) Outra grande dificuldade será a cobrança do serviço. Nos termos do Provimento CNJ nº 67/2018, o preço (emolumento) do serviço será o de uma escritura declaratória sem valor econômico, se a sessão de mediação durar até 60 (sessenta) minutos. No Rio de Janeiro o valor da escritura declaratória sem valor econômico é de R\$ 215,46, sendo que desse valor, apenas 26% pertence ao Tabelionato, o restante dessa importância corresponde aos tributos que deverão ser recolhidos;
- h) E, por fim, caso a sessão exceda os 60 (sessenta) minutos, será cobrada pelo tempo excedido, proporcionalmente. Como vamos fiscalizar esse tempo excedido? Sob que rubrica esse tempo excedido será considerado e cobrado, posto que não existe esse ato notarial? Cabe lembrar que apenas na hipótese de a mediação lograr êxito e ser celebrado um acordo é que este será formalizado por meio de uma escritura declaratória sem valor econômico. Apenas neste caso, teremos como fiscalizar e recolher os tributos devidos.

MEDIAÇÃO: UMA QUESTÃO CULTURAL

Apesar de todos os esforços do Governo no sentido de promover outros métodos de solução e de prevenção de conflitos, com vistas a uma participação mais colaborativa de todos os envolvidos, abandonando-se

aquela mentalidade adversarial, temos que admitir que essa tarefa não é das mais fáceis.

Qualquer mudança cultural é algo bem mais complexo que possa, a princípio, parecer.

E de que forma nós, tabeliães, advogados e operadores do direito, podemos ajudar para que haja essa mudança?

Entendo que uma forma bem simples de se promover essa mudança cultural, seria a inserção nos contratos de trato sucessivo ou continuado, de cláusula prevendo a mediação prévia.

Por exemplo, em uma escritura de união estável, no pacto antenupcial, na promessa de compra e venda, no contrato de locação, em que houvesse a cláusula de mediação prévia, a parte, pelo menos *a priori*, em caso de desentendimento, não poderia ingressar com pedido ao Poder Judiciário, sem antes tentar a mediação, criando-se, dessa forma, uma nova condição específica para o regular exercício do direito de ação.

Vale ressaltar que se houver no contrato cláusula prevendo a mediação prévia e a outra parte não comparecer, tal fato acarretará para a parte faltosa a assunção de 50% das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, vide art. 22, da Lei nº 13.140/16.

A ideia seria que a mediação não fosse mais uma forma **alternativa** de solução de conflitos, mas sim, uma forma **convencional** de solução de conflitos, devendo a busca pelo Poder Judiciário, tornar-se a forma alternativa e derradeira.

No entanto, o já mencionado Provimento CNJ nº 67/2018, no seu art. 40, proibiu que os serviços notariais e de registro estabeleçam em documentos por eles expedidos, cláusula compromissória.

Esse supracitado artigo, contém dois problemas de ordem técnica. A primeira diz respeito ao termo utilizado, **cláusula compromissória**, que é o termo utilizado pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96, art. 9º), quando

deveria ser **cláusula de mediação prévia**. O segundo problema é no tocante à abrangência da aludida cláusula: **i)** o Tabelionato não poderia estabelecer cláusula de mediação prévia elegendo como mediador o próprio Serviço Notarial ou estaria, definitivamente, vedado de estabelecer a cláusula de mediação prévia para qualquer Câmara, Centro ou pessoa?

Com isso, entendo que perdemos uma excelente oportunidade de promover essa tão almejada mudança cultural.

COMO SERIA A MEDIAÇÃO NOS TABELIONATOS?

No que tange ao procedimento de mediação propriamente dito, ou seja, como se desenvolverá a mediação em um Tabelionato, entendo que a regra quanto ao esse procedimento é única e está detalhada na Lei nº 13.140/2016 e no Provimento CNJ nº 67/2018.

Frise-se que, no que se refere à necessidade de confidencialidade do procedimento, nós, tabeliães, já temos essa obrigação no nosso DNA e, também, expressa no inciso VI, do art. 30, da Lei nº 8.935/94 (lei que regula a atividade notarial e de registro).

Faz-se premente, ainda, dizermos que o documento expedido pelo Tabelionato é e sempre será um documento público, valendo como título executivo extrajudicial, nos termos do **inciso II, do art. 784**, do Código de Processo Civil.

Sob a minha ótica, equivocou-se o referido Provimento CNJ nº 67/2018, no seu art. 22, em dois pontos: **(i) o inciso IV, do art. 784**, do Código de Processo Civil, trata da mediação obtida judicialmente (que inclusive não exige as duas testemunhas para se tornar um título executivo extrajudicial; **(ii) os documentos expedidos pelos Tabelionatos são documentos públicos e não como exposto no Parágrafo único, do art. 22, do citado Provimento, considerado documento público.**

O documento público, já pela própria essência, permite que a sua ciência seja franqueada a todos.

De que forma conciliar, então, a questão da *confidencialidade*, ínsita nas mediações, com a *publicidade dos documentos expedidos pelos Tabelionatos*?

A minha sugestão seria estabelecer um cerceamento a essa publicidade.

Diversos estados da nossa Federação já determinam esse cerceamento da publicidade do ato notarial na expedição de certidões dos testamentos públicos. Então, vejamos o que diz o art. 369-A da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – parte extrajudicial:

“Art. 369-A - O fornecimento de certidões ou informações de testamento somente se dará com a comprovação do óbito do testador. Enquanto vivo o testador, só a este, ou a procurador com poderes especiais, poderá ser fornecida certidão ou informação de testamento. (Artigo incluído pelo Provimento CGJ nº 27/2016, publicado no D.J.E.R.J. de 25/05/2016)”.

Outra oportunidade importante que perdemos está prevista no §1º, do art. 21 e do art. 25, ambos do já mencionado Provimento, que dizem o que se segue adiante:

*“§1º - Na data e hora designados para a realização da sessão de conciliação ou de mediação, realizado o chamamento nominal das partes e constatado **o não comparecimento de qualquer delas, o requerimento será arquivado**”.*

*“Art. 25 – Em caso de não obtenção do acordo ou **desistência** do requerimento antes da sessão de conciliação ou de mediação, **o procedimento será arquivado** pelo serviço notarial ou de registro, que*

anotará essa circunstância no livro de conciliação e de mediação".

Entendo que nas hipóteses de **não comparecimento** e de **desistência**, não deveríamos simplesmente arquivar o procedimento. Melhor seria lavrar uma **ata notarial** certificando esses fatos, posto que, essa **ata notarial** poderia ser apresentada em uma futura ação judicial, na qual o autor poderia requerer na petição inicial a dispensa da mediação ou da conciliação judicial, prevista no art. 334, do Código de Processo Civil, por entender desnecessária uma nova mediação.

NOVIDADES PARA OS LIVROS NOTARIAIS

O Provimento CNJ nº 67/2018 criou mais duas espécies de Livros Notariais: **a)** o livro de protocolo de conciliação e de mediação; **b)** o livro de conciliação e de mediação.

E, mais uma vez, inovando, o CNJ determinou que os supracitados livros tenham 300 (trezentas) folhas, ao invés, de 200 (duzentas) folhas, como já é praticado há décadas por todos os Ofícios de Notas, pelo menos, no Estado do Rio de Janeiro.

QUAIS SERIAM AS VANTAGENS DE SE PROCURAR UM CARTÓRIO PARA REALIZAR UMA MEDIAÇÃO?

A grande vantagem de se procurar um Tabelionato para fazer uma mediação é que os atos praticados pelas Serventias Extrajudiciais (Cartórios) são escrituras públicas, conferindo, indubitavelmente, maior segurança jurídica aos atos.

Como já dito anteriormente, se houver acordo total ou parcial, será lavrada uma escritura de acordo. Caso a outra parte descumpra o acordo, esta escritura valerá como título executivo extrajudicial e não precisará de duas testemunhas, vide inciso II, do art. 784, do Código de Processo Civil e art. 20, da Lei de Mediação.

Por exemplo, se você procurar por um Centro de Mediação Comunitário, o documento do acordo terá que ser subscrito por duas

testemunhas, para que valha como título executivo extrajudicial, vide inciso III, do art. 784, do Código de Processo Civil.

O documento público é dotado de fé pública. E o que isso quer dizer? Quer dizer que faz prova plena e se presumem verdadeiros os fatos ali narrados, vide art. 215 do Código Civil e inciso II, do art. 19 da Constituição da República.

Outra vantagem do documento público é que, caso você o perca, ou sofra o mesmo alguma deterioração, basta dirigir-se ao Cartório em que o documento foi feito e pedir uma nova certidão. Essa nova certidão tem o mesmo efeito do original, vide inciso II, do art. 425, do Código de Processo Civil.

E, por fim, vale ressaltar que a capilaridade dos serviços notariais e de registro é inegável (imobiliário, civil de pessoas naturais e jurídicas, de títulos e documentos, de distribuição). Há tabelionatos e registros em todo Brasil, facilitando, sobremaneira, a difusão dessa prestação de serviço.

QUANTO CUSTA UMA MEDIAÇÃO EM UM TABELIONATO

DA INEXEQUIBILIDADE DA COBRANÇA

De acordo com o aludido Provimento CNJ nº 67/2018, o valor cobrado pela mediação seria o de uma escritura sem valor econômico. Isso significa no Estado do Rio de Janeiro, o valor de R\$ 215,46, para uma sessão de até 60 (sessenta) minutos, vide *caput* do art. 36, do referido Provimento.

Caso se exceda o período de 60 (sessenta) minutos, serão cobrados emolumentos proporcionais ao tempo excedido, por força do disposto no §2º, do art. 36 do já citado Provimento.

Creio que tal forma de cobrança, no estilo norte-americano *time sheet*, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, criará extrema dificuldade para os Tabeliães e Registradores que optarem por essa prestação de serviço. De que forma vamos controlar esse tempo excedido? Ou melhor, a que título cobraremos esse ato notarial, posto que, ao final, o único ato notarial a ser praticado, partindo do pressuposto de que a mediação foi um

sucesso e foi celebrado acordo, será a lavratura de uma escritura sem valor econômico e a expedição do seu respectivo traslado?

DIFERENÇA ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP) E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

BRUNA MENESES TORRES: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO^[1]
(Orientador)

RESUMO: Partindo da premissa que a família é a base que fundamenta a personalidade de um indivíduo, sendo o núcleo básico e essencial para sociedade, que a afetividade passou ser o elemento principal em uma relação, trazendo a possibilidade de novas configurações de família, dando igualdade tanto para mãe e como para pai. Este artigo irá abordar o conceito e diferença entre a Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental (SAP), além de abordar as consequências psicológicas e emocionais na criança ou adolescente, no qual foi influenciada por um dos pais a odiar e repudiar o outro, de uma forma injustificada. É necessário compreender que a Alienação Parental está presente na realidade, advinda das diversas mudanças, como os divórcios e um fim na relação de conviventes, situação que traz dificuldade dos pais em conviverem em harmonia e acabam passando seus problemas para os filhos. Destarte que com a tipificação da alienação parental teve grande importância para o âmbito jurídico, pois a lei nº 12.318/10 além de definir o que é a alienação parental, também dispôs meios efetivos para combater e prevenir.

Palavras-Chaves: Alienação Parental, Síndrome de Alienação Parental (SAP), Guarda Compartilhada.

ABSTRACT: Starting from the premise that the family is the basis that bases the personality of an individual, being the basic core and essential for society, that affectivity happened to be the main element in a relation, bringing the possibility of new family configurations, giving equality both for mother and for father. This article will address the concept and difference between Parental Alienation and Parental Alienation Syndrome (SAP), in addition to addressing the psychological and emotional consequences in the child or adolescent, in which was influenced by one

parent to hate and repudiate the other, in an unjustified way. It is necessary to understand that the Parental Alienation is present in the reality, coming from the diverse changes, as the divorces and an end in the relation of coexistents, situation that brings difficulty of the parents to live in harmony and end up passing their problems to the children. Thus, with the classification of parental alienation, it was of great importance for the legal sphere, since Law No. 12.318 / 10, besides defining parental alienation, also provided effective means to combat and prevent.

Keywords: Parental Alienation, Parental Alienation Syndrome (PAS), Shared Guard.

Sumário: Introdução; 1. Evolução familiar e suas noções conceituais sobre o poder de família; 2. Conceito e diferenças entre alienação parental e a síndrome de alienação parental (sap); 3. Consequências da alienação parental para criança ou adolescente 4. Conceito e mudanças no instituto da guarda; 5. Formas de solução para alienação parental; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

No código Civil de 1916, do qual a natureza era unicamente matrimonializada (apenas permitia a constituição da família pelo casamento), falava-se que o Direito de Família era o *“ complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência”*, como escreveu Clóvis Beviláqua, autor do projeto de lei que se converteu na Codificação já revogada.

Assim, no primeiro momento este trabalho irá abordar a evolução familiar, suas noções conceituais sobre o Poder de Família, abordando as transformações jurídicas e a estrutura do Direito de Família, trazendo uma visão mais ampla, conforme Augusto César Belluscio o Direito de Família *é um conjunto de normas jurídicas que regulamentam as múltiplas relações familiares*.

Nos capítulos subsequentes, serão abordadas as diferenças entre a Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental (SAP), bem como as

consequências da interferência psicológicas na criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, que por um modo injustificados a criança passa a odiar e negar a convivência com o pai alienado.

Enfim, nos capítulos derradeiros, falará quais as melhores formas de solucionar os conflitos entre os pais em relação ao filho, sendo a Guarda Compartilhada ou Guarda Conjunta, recomendada pela psicologia, como uma forma de evitar competições entre os pais, sendo que responsabiliza o exercício de direitos e deveres de forma igual ao pai e a mãe. Também, será analisado como forma de solução, para alienação parental, a mediação de conflitos.

1- EVOLUÇÃO FAMILIAR E SUAS NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O PODER DE FAMÍLIA

A família é o núcleo básico e fundamental para a sociedade, podendo a forma de sua constituição variar, de acordo com o tempo e o espaço em que ela se encontra, mas o seu íntimo estará sempre o âmago estruturante da pessoa e do desenvolvimento da personalidade e o direito do ser humano. (CRISTIANO, NELSON, 2016)

A constituição da família fora do casamento era execrado pelo legislador, não lhe permitindo direitos que os filhos legítimos possuíam. Assim, dispõe o texto:

A família natural – até a que se constituía pela união estável de pessoas livres – era abominada. Tinha a repulsa do legislador, recusado qualquer direito aos parceiros e condenado o fruto de sua união através da proibição absoluta do reconhecimento os filhos espúrios e limitado o direito hereditário do filho simplesmente natural se à sucessão do pai houvesse de concorrer com filho legítimo (GOMES, 2002, p.21).

Tradicionais institutos perderam a relevância e sentido, tendo assim uma transformação de valores jurídicos, em sentido a valorização da pessoa. Deste modo compreende-se que o Direito de Família está diretamente vinculado a dignidade, inclusão e cidadania. Conseqüentemente, não se pode mais proferir ilegitimidade de filhos ou deu qualquer tipo de família, pois todos os filhos são legítimos e todos os

tipos de famílias devem ser reconhecidas pelo Estado (CRISTIANO, NELSON, 2016).

O instituto do Poder de Família também sofreu mudanças ao longo do tempo, era utilizada a denominação pátrio poder ou pátria potestas para mostrar quem mantinha o poder no âmbito familiar. O pai de família era reconhecido como chefe da casa, tinha o poder de decisão sobre a vida do filho e a mãe era vista apenas como uma colaboradora. (VERONESE, Josiane Rose Petry, 2005).

Contudo as modificações em favor da mulher, a igualdade em relação à titularidade e utilização do pátrio poder só foi realizada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que considerou os pais como detentores do poder. Assim dispõe no seu artigo 226, § 5º e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 21:

Art. 226, § 5º, CF: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 21, ECA: O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução de divergência.

Pode ser dizer que apenas com a Constituição de 1988 que ocorreu mudanças jurídicas nos moldes de família, representando assim um marco do Direito de Família no Brasil. Tornou a União Estável a condição de família, igualou o casamento civil ao religioso e constitucionalizou o direito ao divórcio. Assim dispõe no art. 226 da Carta Magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Portanto nota-se que as mudanças ao longo do tempo vieram para concretizar a realidade familiar, priorizando o vínculo afetivo ao sanguíneo, biológico ou genético, bem como não discriminando filhos e no poder de familiar dando responsabilidade igual ao pai e a mãe, ou seja, igualdade entre homem e mulher (MORAES, Magali Aparecida Vieira de. Op. Cite).

Ademais, o Direito de Família foi desvinculado a ideia de matrimônio, possibilitando o afeto ser o norte desse ramo do Direito. Em outras palavras não é necessário mais para existência de uma família ter necessariamente um pai, mãe ou filho, assim surgindo novas configurações de família, que incluem as homoafetiva, monoafetivas, etc. (Dias, Maria Berenice, 2010).

Modificando de forma revolucionária o Direito de Família, em que o casamento passa a ser apenas uma solenidade, já a família é um fato natural, independente do modelo adotado. Segundo Pontes de Miranda (1947, p. 93) casamento é:

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a educar a prole que de ambos nascer.

A união estável pode se dizer que é a relação duradora mantida entre duas pessoas, com a intenção de construir família, que mantêm uma comunhão afetiva. Corroborando esse entendimento, o art. 1723 da Lei Civil dispõe:

“ É reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Destarte, seja casamento, seja união estável, seja qualquer outro modelo de família, é correto que toda entidade familiar seja fundada pela base do sentimento de afeto. Sendo que, a união estável homoafetiva produz todos os efeitos de uma união estável entre homem e mulher, conforme a interpretação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à reitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de

família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” [...] Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, Ac. Unân., Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.11, DJe 14.10.11).

Por esse entendimento, conclui-se que no Brasil o casamento e a união estável, podem ser identificados como entidade hétero ou homoafetiva, em igualdade de condições, efeitos e requisitos. Pois qualquer entidade familiar, seja constituída pelo casamento ou não, requer especial proteção, não sendo justificado tratamento diferente e discriminatório, que implicará em recusar proteção à pessoa humana – violando a ratio constitucional (CRISTIANO, NELSON, 2016).

Os artigos 227 e 229 da CF/1988 estabelecem que é dever dos pais assistir, educar e criar os filhos, lhes assegurando direito à vida, educação, lazer, alimentação, dignidade, respeito, liberdade, deixando-lhes ainda a salvo de discriminações, negligências, explorações e crueldades. Também é dever dos pais tê-los em sua companhia e guarda, afinal compete-lhes criar os filhos, além de terem poder (e dever) legal para reter os filhos junto ao lar, caso seja necessário. Podem os pais proibirem os filhos de frequentar determinados lugares e vetar sua convivência com determinadas pessoas. Os pais são civilmente responsáveis pelos filhos, e o dever de guarda-los

abrange sua vigilância, buscando garantir a devida formação moral dos menores (DINIZ, 2005).

O Código Civil de 2002 mudou a denominação de Pátrio Poder para Poder Familiar, estabelecendo que os pais sem distinção têm igualdade de condições e responsabilidades no poder decisório sobre os filhos.

“A destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial, se o juiz se convencer que houve uma das causas que justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos. A ação judicial, com esse fim, é promovida pelo outro cônjuge, por um parente do menor, por ele mesmo, se púbere, pela pessoa a quem se confiou a guarda, ou pelo Ministério Público. A perda do poder familiar, em regra, é permanente, embora seu exercício possa ser, excepcionalmente, reestabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso.” (DINIZ, 2005, p. 525).

Salientando que o Poder de Família deve ser sempre realizado em favor da criança ou adolescente, sendo desrespeitado esse princípio o Estado poder interferir nessa relação que está prejudicando a família, podendo o Ministério Público solicitar ou algum parente a suspensão do poder de família.

2- CONCEITO E DIFERENÇAS ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

O primeiro conceito da Síndrome da Alienação Parental – SAP, conhecida também em inglês como PAS, foi apresentada em 1985, pelo americano Richard Gardner, a partir de sua prática como perito judicial. Sendo que a denominação Síndrome não é usada na lei brasileira em virtude de não existir na Classificação Internacional de Doenças (CID) e também porque a lei não trata dos sintomas e efeitos da Alienação Parental. (Madaleno, Ana Carolina Carpes, 2017).

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no

contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é explicável. (Richard Gardner.1998. p.148)

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é decorrente dos atos praticados pelo genitor provedor da guarda do filho, no sentido de influenciar a criança para que odeie e repudie, sem motivo algum, o outro genitor, mudando a seu entendimento por meio de diferentes estratégias, com o intuito de bloquear, impossibilitar ou até mesmo acabar com os vínculos entre o menor e o pai não guardião. Definida, também, pelo grupo de sintomas dela decorrentes, ocorrendo, assim, uma grande relação de obediência e dependência do filho com o genitor alienante. E sendo uma vez realizado o assédio, a própria criança ajuda para ocorrer a alienação. (Madaleno, Ana Carolina Carpes, 2017).

“A criança que ama seu genitor, é levada a se afastar dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. ” (DIAS, 2008, p. 12)

A síndrome normalmente começa quando ocorre disputas judiciais pela guarda do menor, sendo que nos processos de separação geralmente podem desenvolver sentimentos de enganação, rejeição, abandono e desespero – momento em que aparece o medo de não ter mais importância para o outro, conseqüentemente faz com que os pais usem os filhos como meio para atingir vingança contra o outro. Tornando a situação

totalmente desagradável para criança, pois não tem maturidade para interpretar as manipulações do genitor alienador e faz que o ocorra afastamento do menor com o pai que não detém da guarda, além de poder gerar problemas psicológicos graves na criança. (Madaleno, Ana Carolina Carpes, 2017).

Foi sancionada no Brasil, em 26 de agosto de 2010, a lei nº 12.318 que dispõe sobre Alienação Parental, tendo sua definição em seu artigo 2º, caput, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Em vista disso, Alienação Parental é o ato que interfere na formação psicológica da criança ou adolescente que pode ser realizado ou pela mãe, ou pelo pai, ou por ambos os pais, ou pelos avós, ou por quem detém a guarda. No artigo titulado Síndrome de Alienação Parental, afirma que:

(...) a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, dia respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. (Fonseca, 2006, p. 164)

A insatisfação de um dos pais com o término do relacionamento é o principal motivo para que ocorra a alienação parental. No entanto, existe outros motivos, sendo progenitor uma pessoa ciumenta e egoísta, de forma que não aceita o outro genitor se aproximar do filho. Outra situação é quando o alienante se considera o único capaz de cuidar do menor. Há também casos em que o genitor quer manter o amor da criança apenas para si, julgando o genitor alienado indigno do afeto do seu filho. (FONSECA, 2006)

Outra criminosa, perigosa e maldosa estratégia colocada em prática é a acusação do abuso sexual, em que pode ocorrer a suspensão da visita do genitor acusado, até que prove que a denúncia era falsa e realizada por alienação parental, porém com o decorrer do tempo o alienador pode ter gerado ideias na psique do menor trazendo extensos problemas psicológicos, além de ter impedido o convívio entre pai e filho. (Madaleno, Ana Carolina Carpes, 2017)

Em suma, a diferença de Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental (SAP), é que a primeira se identifica como ato que interfere na formação psicológica da criança ou adolescente que é realizado por um dos genitores, com o objetivo de impedir o contato do filho com o pai não detentor da guarda. Enquanto, a síndrome caracteriza nos problemas psicológicos, emocionais e comportamentais do menor que, influenciado pelo pai alienador, se afasta de modo injustificado do genitor alienado. (FONSECA, 2006)

3 – CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL PARA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

A Síndrome da Alienação Parental, anteriormente mencionada, é quando a criança ou adolescente são submetidos por um genitor considerado alienador que, de várias formas e estratégias, conseguem impedir o convívio, denegrir a imagem do outro genitor, assim a criança passa a desenvolver um ódio sem justificativa pelo genitor alienado. (DIAS, 2002)

As consequências para a criança ou adolescente podem se tornar gravíssimas, podendo apresentar os seguintes comportamentos: Constante sentimento de raiva pelo genitor e família, recusar a visitar ou ver o genitor, criar uma imagem negativa, exagerada, inconsequente ou incorretas com a realidade do genitor. (GARDNER, 2002).

As vítimas do SAP podem ser propensas a desenvolver distúrbio psicológicos, ansiedade e pânico, utilizar meios para aliviar a dor e pressão sofridas por meio do álcool e drogas. Além disso podem sofrer com baixa alta estima e terem em sua vida adulta consequências, tendo dificuldade em se relacionar ou manter um relacionamento estável (GARDNER, 2002).

Por meio de dados da organização SplitnTwo^[2] estima-se que mais de 20 milhões de crianças já sofreram este tipo de violência, sendo assim fundamental a divulgação da SAP, para que possam orientar os pais o

quanto é fundamental o convívio da criança no ambiente familiar “saudável” e com ambos os genitores, mesmo que estejam separados.

Especialistas indicam diferentes estágios que identificam a progressão e gravidade da Síndrome de Alienação Parental, podendo ser definidos em três níveis. O primeiro considerando nível leve, a intenção de difamação surge de modo moderado, em algumas situações o genitor alienador escolhe um tema ou motivo para falar do outro genitor, causando na criança um sentimento de culpa por ser amoroso com o pai alienado. (MADELENO, 2017)

O segundo nível é estágio médio, as insinuações contra o outro genitor se intensificam, causando na criança o pensamento que existe um pai bom e outro mau, surgem sempre desculpas nos dias de visitas, tais como doença, festa, atividade escolares e entre outros, podendo causar um afastamento tanto do genitor alienado quanto da família. (MADELENO, 2017)

E terceiro e último nível configura-se em estágio grave, os menores encontram-se completamente perturbados sobre como devem agir com o pai alienado, podendo dificultar as visitas ou não ter mais, pois quando ocorrem a criança o trata com ódio, crise de choro, violência, de maneira injustificada. (MADELENO, 2017)

Em situações em que ocorre acusação de abuso sexual, a criança vítima dessas falsas alegações passa a considerar real o que era apenas fantasia. Além de passar a ter o sentimento de culpa, pois a criança não consegue negar a acusação achando que ao fazer isso estaria traindo o genitor acusador.

As consequências a curto prazo, em crianças que foram induzidas a acreditar ter sido abusadas, seriam alterações na área afetiva como: depressão infantil, angústia, insegurança e fobias, choro compulsivo sem motivo aparente; alterações na área interpessoal como: dificuldade em confiar, dificuldade em fazer amizade e manter relações, apego excessivo a figura acusadora; e alterações na área da sexualidade como: não querer mostrar o corpo, recusar anormal a exames médicos e ginecológicos. (MADALENO, 2017)

Em logo prazo pode ter um grande sentimento de culpa, quando a criança, na época, se enxerga como cúmplice contra alguém que ele realmente amava. Além disso, na fase adulta pode ter uma visão dicotômica

do mundo, onde todo estão a favor ou contra ele. Pode também, apresentar-se inseguros, oprimidos, submissos, isto sem deixar de mencionar os efeitos físicos dessas características de abuso emocional, sendo alteração de sono e na alimentação, tendo ainda alterações no convívio social, acadêmico e familiar, por sua conduta revoltosa. (MADELENO, 2017)

4- CONCEITO E MUDANÇAS NO INSTITUTO DA GUARDA

No modelo de família formada pelo casamento ou pela união estável, em que o casal divide os direitos e obrigações sobre os filhos, define-se em guarda comum ou conjunta, que decorre do dever conjugal de sustento, guarda e educação dos filhos (arts. 1.566, IV, e 1.724 do Código Civil). (RAMOS, 2016)

Quando os pais não dividem a mesma residência, ora porque nunca moraram juntos ou se separaram, utiliza-se a denominação guarda unilateral ou guarda compartilhada para se proferir ao modo de cuidado e responsabilidade em relação a? criança ou ao adolescente. (RAMOS, 2016)

A guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, está direcionado na proteção da criança ou adolescente, assegurando a sua integridade fisiopsíquica, preservando o seu desenvolvimento e crescimento, ainda contribuir para evitar o abandono e o desdém de pais ou responsável.

No Código Civil de 2002 em seu artigo nº 1583 prevê a alternativa de Guarda Unilateral como opção secundária, sendo em regra a adoção da Guarda Compartilhada. Ou seja, ao passar do tempo o sistema jurídico direcionou a entender que a separação da relação afetiva traria consigo a ruptura na convivência entre pais e filhos: um deles seria o guardião e o outro apenas um visitante que paga alimentos. (CRISTIANO, NELSON, 2016).

A Guarda Unilateral é atribuída apenas a um genitor, definindo ao outro o direito de visita. A concessão deverá ser requerida por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição do tempo da criança ou adolescente com

seus genitores, nos termos dos incisos do artigo [1.584](#) do [Código Civil de 2002](#).

O Genitor que terá a guarda unilateral é aquele que demonstre maiores requisitos para proporcionar ao filho afeto nas relações parentais e com o grupo familiar; saúde e segurança, e por fim, educação, nos termos dos incisos do [parágrafo 2º](#) do artigo [1.584](#) do [CC/02](#). Contudo com a modificação no Código de 2002, a guarda dos filhos será unilateral apenas quando o casal não tiver vontade no compartilhamento do convívio ou quando assim for o melhor para a criança (CRISTIANO, NELSON, 2016)

A Guarda compartilhada veio com a finalidade de suprir a carência das outras formas de guarda, sendo uma forma inovadora de custódia dos filhos por qual a criança ou adolescente terá uma residência principal, mantendo uma relação simultânea e concomitante com o lar de ambos os pais, não tendo uma definição pronta e acabada que atenda todos os casos, pois depende do caso concreto e considera as particularidades e a disponibilidade dos pais. O entendimento consagrado na jurisprudência superior dispõe o seguinte:

“A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. ”

(STJ, Ac. Unân. 3ª T., REsp. 1417.868/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.5.16, DJe 10.6.16).

Em vista disso, alguns tópicos devem ser analisados. O primeiro é a determinação de que a guarda compartilhada seja aplicada indistintamente, independentemente do modo da dinâmica familiar, conforme estabelecido pelo art. 1.584, § 2.º, Código Civil, modificado pela referida lei:

“§ 2.º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos

os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. ”

Assim o legislador acaba em priorizar de forma contundente esse modelo de guarda, tendo como a justificativa que essa norma é que atende melhor o interesse da criança e do adolescente, independentemente do contexto em que estão inseridos. Além de terminar que a guarda compartilhada só não deve ser utilizada em duas hipóteses: a inexistência de interesse por um dos pais ou a incapacidade de um dos genitores de realizar o poder familiar. (DELGADO, 2018)

Em virtude, de existir conflitos em que os pais não consigam entrar em um acordo, tais como definir qual colégio o filho vai frequentar, das atividades extracurriculares, da religião, entre outros, recomenda-se que os genitores sejam submetidos ao processo de mediação. (DELGADO, 2018)

5 – FORMAS DE SOLUÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARENTAL

De acordo como seja a forma de conflito e como ele encontra é necessário arrumar uma forma de solução, o meio tradicional é o Judiciário. Porém, existem outras possibilidades, de solucionar os conflitos, evitando que o caso seja judicializado, e assim, demorar a ser resolvido, trazendo mais desgastes e transtornos às partes. A mediação é um método alternativo para solução de conflitos que não há oponentes, onde os interesses das partes prevalecem, sendo que um outro profissional do direito, ou ainda de outras áreas dependendo do método a ser aplicado, que não o juiz, intervém no caso de forma a orientar os envolvidos a chegar em um acordo. (TORRES, 2005)

Em conflitos familiares a mediação é a melhor forma de solução, segundo a autora Liane Thomé a mediação familiar apresenta como um processo de monitoramento de conflitos, trazendo ao meio familiar um ambiente propício para que se escutem, negociem, uma maneira de se entenderem após a concretização de um divórcio, por exemplo. Esse procedimento fornece um fortalecimento nos laços familiares, fazendo as partes assumirem as responsabilidades por seus atos. Por meio de diálogo trata o conflito, principalmente em questão dos menores, que em muitas ocasiões são utilizados como instrumentos para causar danos contra o outro. Assim, com a mediação, os pais conseguem enxergar que a criança

merece ser tratada com amor e proteção, não sendo utilizada como artimanhas para causar sofrimentos no ex-cônjuge.^[3]

Assim, a mediação pode trazer uma decisão em curto prazo, dando uma resolução rápida ao litígio, garantindo à família qualidade, efetividade e eficiência na solução do caso. O que é essencial em ocorrência de alienação parental, onde os laços afetivos estão se rompendo, conseqüentemente, trazendo um distanciando entre pai e filho.

Para alguns casos, até a medição de conflitos não é suficiente, dessa forma esses pais necessitam ser submetidos a técnicas psicológicas que, pelos objetivos e profundidade, atingem o intrapsíquico e o interpssíquico, propiciando, assim, maior possibilidade de minimização ou dissolução dos conflitos interpessoais. (CEZAR-FERREIRA, 2016)

Outro meio, para prevenir, até mesmo, extinguir a alienação parental é a aplicação da guarda compartilhada, pois protege o menor de possíveis prejuízos que a guarda unilateral pode acarretar. Como falado anteriormente, a guarda unilateral pode afastar o genitor não detentor da guarda do filho, surgindo, em muitos casos, a alienação parental. Já com aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a criança poderá ter o convívio com ambos os pais, de maneira equilibrada, dessa forma, pode trazer ao núcleo familiar um ambiente saudável.

Entretanto, em casos de abuso sexual, citados anteriormente, é de suma importância a interferência do judiciário dado os efeitos gravíssimos causados na criança, nessa essência a autora Glicia Barbosa de Mattos Brazil fala "se o Judiciário não intervier rapidamente, não será a simples confirmação suficiente para cessar o processo de alienação parental. Nos casos de falsas denúncias o tempo é um inimigo do afeto". (2007, pg. 54)

Nesses tipos de casos de falsa acusação de abuso sexual, a preferência, será de que o genitor alienador seja afastado da criança, pois continuando o convívio maior será as investidas contra o outro genitor, impedindo completamente a oportunidade do genitor alienado de ter uma relação com o filho. Nesse seguimento, Glicia Barbosa de Matos Brazil afirma: "mas em casos patológicos de afastamento, como é a SAP, o papel do judiciário é fundamental para oportunizar a construção do amor entre filhos e pais afastados. Ainda que impondo o convívio". (2007, pg. 59)

Além disso, com a tipificação da Lei nº 12.318 que dispõe sobre Alienação Parental, ajuda na identificação de alienação. Deve ser aplicada

de forma delicada, pois envolve um grupo de família que está passando por uma situação complicada, porém, de forma rápida, pois a lentidão, neste caso, trará o total benefício ao genitor alienador. A Lei que dispõe sobre alienação parental prevê o seguinte, como meio de punir:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Em muitos casos o genitor alienador acaba sendo favorecido em virtude de ter um processo longo, sendo praticamente impossível no final do processo uma decisão favorável, pois o filho estará alienado de tal forma em que se recusará a conviver com outro progenitor. Assim para maior eficácia da justiça, é necessário que o operador de direito tenha maior conhecimento sobre a Síndrome de Alienação parental, bem como ter a ajuda de outros profissionais como psicólogos e psicanalistas para analisar o caso concreto.

Sempre com a finalidade de resguardar a integridade psíquica da criança, dentre outras, as

medidas judiciais podem ser: impor tratamento psicológico aos pais, impedir que o genitor alienador conduza a criança ao fórum para o acompanhamento com o psicológico, determinar visitas monitoradas no interior do fórum, afastar o genitor alienador da criança etc. é que a presença do genitor alienador gera na criança uma pressão psicológica, dificultando a sua real manifestação de vontade. (Glicia Barbosa de Mattos, 2007, pg. 55).

Destarte, que é de suma importância que o Poder Judiciário conheça e saiba lidar com este conflito familiar, para deste modo possa fornecer soluções as partes, priorizando sempre o que for melhor para criança. Sendo que ao preservar esse ambiente harmonioso a família, não apenas garante-se o melhor para os envolvidos, bem como um desenvolvimento saudável ao menor que são os maiores prejudicados no fim dos relacionamentos dos pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crescente evolução no direito de família, houveram grandes mudanças, tais como para mulher que conseguiu conquistar sua independência, pois antigamente o pai era quem exercia autoridade sobre a família, tinha o poder de decisão sobre a vida do filho e a mãe era vista como incapaz, podendo apenas cuidar dos filhos e trabalhos domésticos.

Além disso, ocorreram mudanças no ambiente familiar, tornando o afeto como centro de uma relação, priorizando esse vínculo afetivo ao sanguíneo, biológico ou genético, assim trazendo igualdade no poder familiar, onde a mãe e o pai têm as mesmas responsabilidades. Trazendo, ainda a desvinculação do matrimônio, possibilitando novas configurações de família.

Com todas essas transformações no Direito de Família, o casamento passou a ser uma solenidade, ainda tendo a possibilidade de divórcio, o principal motivo para ocorrer a alienação parental, sendo diversos os motivos da separação do casal e na busca de encontrar um culpado, ou por ter magoas, ou ter sentimentos de vinganças, acabam transferindo esses sentimentos negativos a criança.

A tipificação da Lei nº 12.318 foi fundamental para assegurar a proteção da criança nas situações de alienação parental, mostrando quais

os atos e aplicando medidas protetivas. Tal legislação tem como objetivo assegurar uma convivência familiar saudável e o desenvolvimento do menor, sendo o principal intuito é assegurar o que for melhor ao interesse da criança ou adolescente.

Além da lei retromencionada, existe outros meios, para prevenir a síndrome de alienação parental, um deles é a guarda compartilhada que traz tanto ao pai quanto a mãe obrigações, deveres e direitos iguais em relação ao filho, sendo ambos responsáveis em trazer segurança, educação e afeto a vida do menor, mesmo não estando mais juntos.

Portanto, conclui-se que foi de grande importância a Lei nº 12.318 no ornamento jurídico, pois serviu para identificar quais são os atos de alienação e a melhor forma de se lidar, levando sempre em observação o melhor interesse e a proteção da criança ou adolescente, através da conservação e respeito à convivência familiar de forma harmoniosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto do Governo. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15. out. 2017

BRASIL. Planalto do Governo. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 30. out. 2017.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **A reconstrução dos vínculos afetivos pelo Judiciário.** In___ Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Vol. 13 (dez/jan. 2010). Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. pg. 47-59.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Guarda compartilhada : uma visão psicojurídica** [recurso eletrônico] / Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira, Rosa Maria Stefanini de Macedo. – Porto Alegre : Artmed, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582713334/cfi/6/8!/4/2/2/6@0:0>. Acesso em: 02. Fev. 2018

DIAS, Maria Berenice. **A Família Homo afetiva e seus Direitos.** Disponível em:

http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45_aafam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf. Acesso em: 18. out.2017.

DIAS, Maria Berenice. **Escritura da União Poliafetiva:** Possibilidade. 2012. Disponível

em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-possibilidade/9753>. Acesso em 18. out.2017.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:** O preconceito & a Justiça. 5ª Edição ver atual. E ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardiã: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos** - APASE - Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 12.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?**Instituto Brasileiro de Direito de Família. 31/10/2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/login>. Acesso em 15 out. 2017.

DELGADO, Mario. **Guarda compartilhada** / Antônio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental.** Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 03/02/2018.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental.**Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 15/03/2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: familiar**/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosevald – 9. Ed. Ver. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GARDNER, Richard. (1998), **The Parental Alienation Syndrome**, Second Edition. Cresskill, New Jersey: Creative Therapeutics, Inc.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 04 out. 2017.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: aspectos teóricos e práticos.** Revista CEJ. Brasília, n. 34, p. 22-26, jul./set. 2006.

MORAES, Magali Aparecida Vieira de. **A Evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2014.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 16 out.2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Luiz Felipe Rodrigues. **Alienação Parental.** Ponta Grossa: Faculdade Estadual de Ponta Grossa/PR. Setor de Ciências Jurídicas. Departamento de direito das Relações Sociais. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito de Família: direito matrimonial.** Volume I, 3ª ed. São Paulo. Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1947.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** / Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Ouidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania.** Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/787/1647> . Acesso em: 16 mar. 2018, p. 163-166.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutorando pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. Email: antoniocesarmello@hotmail.com

[2] Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>

[3] SALES, Lilia Maia de Moraes. **Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania.** Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/787/1647> . Acesso em: 16 mar. 2018, p. 163-166.

ALIENAÇÃO PARENTAL: EFEITOS DA ALIENAÇÃO

DHEINIFER APARECIDA OLIVEIRA DA SILVA

RESUMO: O tema em estudo foi escolhido devido ao grande foco sobre o assunto que esta cada vez mais presente no nosso país, e vem sendo subsidiada pela Lei 12.318/10 (Lei da Alienação Parental) para analisar a relação de pais e filhos e as consequências que vem acontecendo ao longo da separação dos pais. Sendo um tema de grande relevância, e de extrema importância a realização desta pesquisa que consiste em identificar e analisar os elementos essenciais à configuração de práticas alienantes e quais suas consequências com relação às questões jurídicas e psicológicas. Num segundo momento, procura-se ressaltar a importância da mediação dos profissionais da área da saúde mental e jurídica, assim como as medidas de intervenção que possam impedir o avanço do problema, e formas de evitar o sofrimento de crianças e adolescentes a fim de que se tornem adultos saudáveis. O tema será abordado em partes, sendo que primeiramente apresentando os aspectos gerais sobre a família, casamento e separações conjugais ou divórcio, e, em seguida, tratando dos aspectos jurídicos.

Palavras-chave: Família; Separação Conjugal; Saúde Mental.

ABSTRACT: The theme under study was chosen because of the great focus on the subject that is increasingly present in our country, and has been subsidized by Law 12.318 / 10 (Parental Alienation Act) to analyze the relationship of parents and children and the consequences that Has been happening throughout the separation of parents. Being a subject of great relevance and of extreme importance the accomplishment of this research that consists of identifying and analyzing the essential elements to the configuration of alienating practices and what their consequences with respect to the legal and psychological questions. Secondly, it seeks to emphasize the importance of mediation for professionals in the area of

mental and legal health, as well as intervention measures that may impede the progress of the problem, and ways to avoid the suffering of children and adolescents, so that Become healthy adults. The topic will be addressed in parts, being that first presenting the general aspects about family, marriage and marital separation or divorce, and then dealing with the legal aspects.

Key-words: Family; Conjugal Separation; Mental health.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A INFORMAÇÃO SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL NA SOCIEDADE E A IDENTIFICAÇÃO DAS MUDANÇAS FAMILIARES. 1.1 Diferença entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental. 1.2 Visão da Família. 2 A ALIENAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO. 2.1 Comentários Sobre a Lei 12.318/2010. 2.2 Distúrbios psicológicos associados ao rompimento do vínculo afetivo. 3 ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS. 3.1 Da Perícia Multidisciplinar. 3.2 Do Perito Social. 3.3 Do Perito Psicológico. 3.4 Medidas Judiciais Cabíveis. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar as formas de alienação parental que ocorre com os filhos no momento de separação dos pais, uma fase em que a vulnerabilidade da criança acaba sendo uma isca para um dos genitores atrapalharem os sentimentos, influenciando assim, condenar o outro genitor para que a criança no decorrer do seu desenvolvimento perca o interesse em se relacionar com o alienado.

Quando se finda essa relação conjugal envolvendo, brigas, desavenças, principalmente para casais com filhos, o litígio acaba desencadeando certa manipulação dos pais para com os filhos, para que

estes fiquem contra o outro cônjuge. Quando há esse tipo de separação, passa-se para a etapa de lutar pela guarda dos filhos, e devido ao ciúme, raiva, mágoa, entre uma gama de sentimentos ruins, passa-se a despertar uma necessidade de fazer com que os filhos deixem de gostar do cônjuge que não se encontra mais no seio familiar, causando aí a conhecida alienação parental. Essa Alienação Parental se constitui como um tipo de violência e é responsável pela separação física e/ou emocional entre um dos genitores e seu filho, o que muitas vezes acarreta a Síndrome da Alienação Parental.

Isso ocorre de modo silencioso e muito frequente, abrangendo todas as famílias, independente das classes sociais, basta à separação para a alienação acontecer, dando início muitas vezes sem a percepção do alienante, que com o passar do tempo acaba sendo tão frequente e imperceptível, que acaba agindo naturalmente devido a mágoa sofrida pela separação.

A Alienação Parental afronta aos princípios constitucionais mais basilares, principalmente aos direitos da criança do adolescente, tornando tal atitude inaceitável contra os seres em desenvolvimento mental, pois estes sofrem uma agressão psicológica que irá refletir em seu comportamento futuro, gerando graves consequências sociais e comportamentais na vida da criança. Por isso esse tema deve ser amplamente debatido no Brasil, tendo essas pessoas em desenvolvimento os seus direitos protegidos pela legislação vigente.

Entre os profissionais que atuam ligados diretamente à alienação parental estão os médicos, psicólogos, advogados e mais recentemente os assistentes sociais, principalmente no campo sócio jurídico.

1 A INFORMAÇÃO SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL NA SOCIEDADE E A IDENTIFICAÇÃO DAS MUDANÇAS FAMILIARES

A Alienação Parental sempre existiu, no entanto, com o aumento do número de divórcios e separações nas últimas décadas, ela tornou-se cada vez mais comum, sendo identificada, analisada e estudada por profissionais da área da saúde mental e posteriormente por profissionais da área jurídica.

No Brasil, a lei que dispõe sobre a Alienação Parental, Lei nº 12.318 de 2010, traz em seu conceito as características e as figuras do alienador e do alienado, trazendo as medidas judiciais que devem ser tomadas quando se constata a ocorrência da alienação, e tem como objetivo maior proteger crianças e adolescentes expostos à Alienação Parental para que cada vez menos as separações gerem esse tipo de problema.

No Mato Grosso, através de uma parceria com a 1ª Vara Especializada de Cuiabá-MT e o Instituto Brasileiro de Direito de Família - MT, o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso divulgou uma cartilha para conscientizar a sociedade a respeito das maiores dúvidas sobre a alienação parental sofrida no estado de Mato Grosso contra as crianças e adolescentes. Para abrir uma discussão com a sociedade em geral e as organizações públicas para divulgar essa temática através de palestras, mini cursos, material didático, entre outros, com a intenção de alcançar o maior número de pessoas e familiares que vem sofrendo com as consequências decorrentes da alienação.

1.1 Diferença entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental

A alienação parental ocorre quando o vínculo familiar é rompido, e a disputa judicial pela guarda da criança e do adolescente torna-se

uma questão conjugal e não parental. Quando os pais não possuem um bom relacionamento, devido a separação, ocorrem muitas brigas, intrigas, acabando por prejudicar quem nada tem culpa com todo o conflito, os filhos, sendo instrumento de vingança usado por um dos cônjuges, podendo gerar, muitas vezes, depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa no alienado.

Também nesse sentido, conceitua Venosa:

“O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filho. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.” VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p.320.

Já ao que consiste a síndrome da alienação parental, que é um distúrbio, a consequência da “lavagem cerebral” feita à criança, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais que ocorrem na criança vítima das descargas do genitor imaturo. O menor já alienado pela campanha difamatória do genitor se comporta de maneira hostil, grosseira e acaba distanciando-se do genitor-alvo.

A distinção feita entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental é técnica, pois, para a medicina, o correto seria usar Síndrome somente para os casos que configurassem o transtorno psicológico causado na criança em decorrência do ódio que a mesma passa a sentir por um dos genitores. É importante verificar as mudanças ocorridas no meio familiar. As transformações no comportamento e nos papéis dos integrantes da família, principalmente da mulher no lar, no ambiente profissional.

Essa diferença entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, mostra que a primeira campanha denegritória feita pelo alienador com intuito de afastar os filhos do alienado, e a segunda consiste nos problemas comportamentais, emocionais e em toda desordem psicológica que surge na criança ou adolescente após o afastamento e a desmoralização do genitor alienado.

Sobre a identificação da Síndrome, Major diz:

O genitor alienador confia a seu filho, com riqueza de detalhes, seus sentimentos negativos e as más experiências vividas com o genitor ausente. O filho absorve a negatividade do genitor e chega a ser de alguma maneira seu terapeuta. Se sente no dever de proteger o genitor alienador.

É de extrema importância a descoberta precoce da síndrome, já que dessa forma a intervenção psicológica e jurídica ocorrerá antes de consequências mais graves.

Importante destacar que a alienação pode ocorrer por condutas do pai, da mãe, de forma mais comum, e ainda por terceiros. A alienação parental insulta questões morais e abala a família, pilar da sociedade, além de pregar o amor doentio capaz de distorcer valores e

manipular. Desta forma, é essencial a identificação a fim de que possibilite um tratamento eficaz.

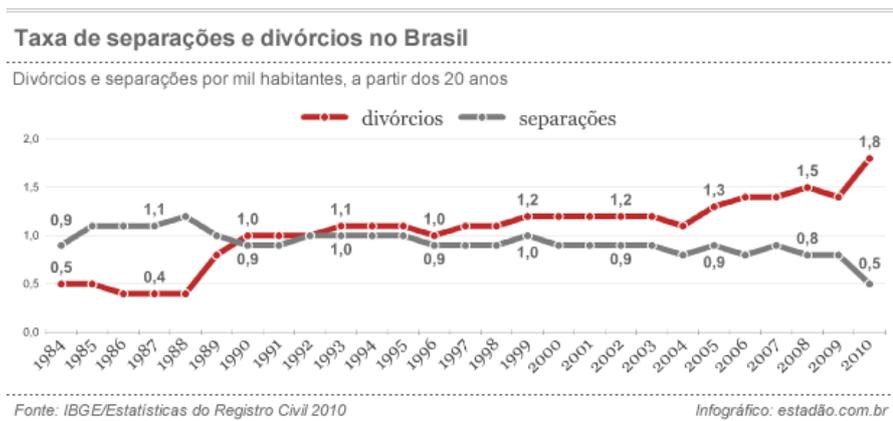
1.2 Visão da Família

A Alienação Parental é uma tortura emocional para todos os envolvidos, principalmente à criança, que com o decorrer do tempo passa a acumular as consequências, podendo desenvolver problemas psicológicos para o resto de sua vida. Por isso, é uma afronta a dois importantes princípios constitucionais: o da Dignidade da Pessoa Humana e o do Melhor Interesse do Menor, que também estão dispostos no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/1990).

O instituto da família passou por muitas transformações ao longo do tempo, onde a mulher mesmo com a desigualdade na sociedade vem tentando mudar esse conceito no dia a dia, seja no lar, ou no âmbito profissional em que a mulher não só cuida da casa e filhos mas sim trabalha e estuda para garantir a sua igualdade perante a sociedade. Nos primórdios da humanidade, a família era regida num regime matriarcal, pois a mulher era a “única progenitora conhecida”, sendo assim muito respeitada. Com o surgimento da monogamia e o aumento do poder do homem dentro da família, adveio o regime patriarcal.

Analisando os artigos 3º, IV e o art. 5º, I da Constituição Federal vigente, fica claro um dos princípios constitucionais mais importantes: o da igualdade entre todos perante a lei. E todas essas modificações, tanto no regime familiar, quanto no papel da mulher na família e na sociedade, influenciaram para o aumento das separações conjugais e/ou divórcios. Como consequência dessas dissoluções matrimoniais,

principalmente quando não consensuais, surgem as disputas judiciais pela guarda dos filhos, atualmente bastante pleiteada pelos homens devido à aproximação dos mesmos com a prole, decorrência das mudanças familiares. Todos da família sofrem com as transformações e perturbações emocionais causadas pelo processo do divórcio, podendo surgir a problemática da Alienação Parental.



Fonte: IBGE,2010

Diante da figura acima, que mostra o exemplo do índice que vem cada vez mais aumentando no nosso país, os casos de divórcios e separações conjugais nas famílias entre os anos de 1984 á 2010, como informa o IBGE.

2 A ALIENAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO

A Alienação Parental é um fato antigo e uma via de mão dupla, pois ao mesmo tempo em que fere as vítimas, genitores e crianças, fere também os operadores do Direito e aplicadores da Justiça, que passam para si próprios atestado de desatualizados, ingênuos e/ou incompetentes. O mais comum é a existência de certo preconceito contra a figura masculina em significativo número das varas de família de todo o país, tanto que o número de “Crianças Órfãs de Pais Vivos” no Brasil é proporcionalmente o maior do mundo.

Na intenção de desmoralizar e destruir a imagem do outro genitor, todas as armas são utilizadas, inclusive a absurda e irresponsável alegação de prática de abuso sexual. Ao se deparar com esta notícia o juiz não tem como identificar a veracidade dos episódios denunciados para reconhecer se está diante da síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a juízo pelo banal desejo de vingança.

Com a intenção de proteger a criança, muitas vezes toma-se como medida a reversão da guarda ou a suspensão das visitas, enquanto são realizados estudos sociais e psicológicos. Diante da necessidade de regulamentação do tema foi sancionada a Lei nº 12.318/2010, que trata da alienação parental, importante ferramenta para que seja reconhecida a situação de extrema gravidade e prejuízo à pessoa do menor e daquele que está sujeito a ser vitimado.

Para Jorge Trindade, a Lei da Alienação Parental mostrou-se um instrumento e o jurídico dotado de eficácia para combater esse fenômeno que veio aumentando cada vez mais, além do mais o legislador optou por uma técnica descritiva e exemplificativa quanto às hipóteses de conduta do alienador, **o que** permite uma identificação mais célere por parte dos operadores do direito e das partes envolvidas no conflito.

“Membros do judiciário, em diferentes sociedades, tem sido os responsáveis pelas principais mudanças de atuação. A iniciativa de juízes, em razão da função que exercem, como prevíamos, tem sido determinante para que se encontrem novos parâmetros de atuação. E sem dúvida, isso pode ser creditado à transformação

de mentalidade desses magistrados” CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Direito de Família, Família, Separação e Mediação. São Paulo. Editora Método, 2007, 2ª ed, pg 199.

2.1 Comentários sobre a lei 12.318/2010

Falaremos a partir de agora sobre alguns artigos da Lei da Alienação Parental, com breves comentários:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou

dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Na concepção de Douglas Philips, o rol do art. 2º da Lei da Alienação Parental e seu parágrafo único é exemplificativo, tanto o conceito quanto as hipóteses e ainda os sujeitos que podem incorrer na prática da alienação. Importante ressaltar que tal prática não se restringe apenas aos genitores, podendo ocorrer com todos os que possam se valer de autoridade parental ou afetiva com intuito de prejudicar um dos genitores.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O art. 3º caracteriza a conduta ilícita e abusiva por parte do alienante, o que justifica a propositura de ação de danos morais contra ele. Quando configurada a alienação parental constitui grave abuso moral contra a criança ou adolescente, além do mais constitui descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério

Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

No art. 4º o legislador previu ao identificarem a prática de Alienação Parental, partes, magistrado e membro do Ministério Público, devem impor tramitação prioritária ao processo bem como promover medidas que resguardem os direitos do menor em defesa do genitor alienador. Ressalta-se que separação total entre o alienador e o menor deve ser a última medida, buscando sempre soluções que mantenham, ainda que diminuída, a convivência entre ambos.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

A Lei prevê a possibilidade de uma ação autônoma para a identificação de indícios da Alienação Parental. Permite ainda que no tramite das ações de divórcio, regulamentação de visitas, possa se requerer a averiguação de prática de alienação.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá,

cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

O art. 6º traz as possíveis soluções para alienação parental. De acordo com Fábio Vieira, se perante as provas produzidas nos autos restar comprovada a alienação parental, o magistrado deverá tomar medidas no sentido de anular ou amenizar os efeitos já ocorridos. Frisa-se que as medidas judiciais elencadas nos incisos do artigo em questão devem ser adotadas conforme o grau de estágio em que estará a Alienação Parental.

Fábio Vieira ainda esclarece que o rol de medidas inseridas no art. 6º é apenas exemplificativo, podendo existir outras medidas aplicadas na prática que possam eliminar os efeitos da Alienação Parental.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

A Lei da Alienação Parental afirma que a guarda compartilhada deve ser aplicada sempre que possível e afirma que esta deve ser a regra sendo exceção à guarda em sua modalidade unilateral. Para Douglas Phillips este artigo deve ser interpretado em acordo com o art.1.584 do Código Civil, que diz que “as necessidades específicas do filho” ou “ a distribuição de tempo necessário ao convívio” devem ser levados em conta na fixação da guarda e do período de convivência.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Trata-se da competência para julgar as ações de Alienação Parental. Fábio Vieira diz que a competência é de natureza absoluta, fixada quanto à matéria, dessa forma não é possível que as partes a modifiquem.

2.2 Distúrbios psicológicos associados ao rompimento do vínculo afetivo

O ambiente familiar em sua grande maioria é importante para a formação dos filhos, por isso o casal deve manter um bom relacionamento, mesmo depois de separados.

Ao se romper o vínculo conjugal, uma nova realidade se cria, principalmente em relação aos filhos, sendo as decisões tomadas a partir desse momento de fundamental importância principalmente na vida dos filhos menores, a primeira impressão para estes é que, ao se romper o vínculo conjugal entre seus pais, estaria se rompendo também o vínculo afetivo entre eles e seus genitores, achando que o amor de seus pais por eles sofreria mudanças. Verifica-se que são inevitáveis os impactos trazidos aos filhos menores se tornando imprescindível a atenção aos aspectos psíquicos envolvidos já que engloba a modificação e decisão em tantos destinos.

Durante todo o processo de separação os pais acabam misturando a situação conjugal mal resolvida com o relacionamento com a criança. A criança muitas vezes é pressionada a decidir com quem ela quer ficar ou de quem ela gosta mais. Tais decisões não devem ser tomadas pelo menor, por conta da imaturidade. Nessas situações, os filhos podem entrar num nível de ansiedade extrema e desenvolver sintomas físicos e emocionais como dificuldades de relacionamento e transtorno de ansiedade.

Essas crianças ou adolescentes, quando sozinhos, temem que algo possa acontecer a seus pais ou a si mesmos (doenças, acidentes, sequestros, assaltos), que os afaste definitivamente daqueles. Como consequência, apegam-se excessivamente a seus cuidadores, não permitindo seu afastamento. Em casa, resistem a dormir, necessitando

de companhia constante. Frequentemente, têm pesadelos que versam sobre seus temores de separação. Recusa a freqüentar a escola também é comum nesses pacientes. A criança deseja ir à escola, demonstra boa adaptação prévia, mas apresenta intenso sofrimento quando necessita afastar-se de casa.

Estes transtornos psicológicos advindos da separação dos pais causados a criança, podem até mesmo, interferir na vida das mesmas depois de adulto, onde aquelas más lembranças sempre virão á sua mente, e refletirão em toda a sua vida. Por isso, é muito importante que os pais façam o possível para evitar que os filhos passem por esses transtornos enquanto criança, até mesmo para poupá-los de gravames maiores.

3 A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Muitas vezes, em consequências da ruptura conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou raiva causado por algum motivo, surge daí um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex- parceiro. A alienação parental, nada mais é do que uma "lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças aconteceram.

Neste mesmo contexto, nos anos de 1985, após estudar os fenômenos compreendidos pela disputa de custódia da criança, o Professor Richard Gardner verificou que famílias que se encontravam rompidas, ou em processo de ruptura e até mesmo em situações não

tão críticas de desligamento entre os cônjuges, mas por desentendimentos corriqueiros, um deles passava a utilizar-se do poder que detém sobre os filhos, advindos daquele relacionamento, com o objetivo de tentar atingir negativamente o outro.

Richard Gardner também verificou que devido aos privilégios detidos pelas mulheres com relação aos filhos, eram elas as principais autoras de tal conduta. Entretanto, apesar de ainda se ter como cultura universal que a mulher é a mais apta ao cuidado dos filhos, hoje a realidade mudou, uma vez que a obrigação de cuidar dos filhos tornou-se igualitária tanto para o pai quanto para a mãe, reforçando a idéia de que atualmente a Alienação Parental pode ser praticada por qualquer um que detenha a guarda do menor e não apenas a mãe.

Na Alienação Parental, o genitor alienador passa a depositar todas as suas forças para destruir a relação do filho com o então não guardião. No dia a dia, vai destruindo, passo a passo, consciente ou inconscientemente, ou com verbalizações, ou com atitudes, lentamente, qualquer vínculo que a criança tenha com o genitor alienado. Em regra, este cenário se materializa depois de um processo de cisão da relação, ou seja, na separação, mas ocorre também em muitos casos dentro do casamento, como por exemplo, em uma relação em que não está clara ou madura e um ou outro acaba criando uma aliança forte de confiança com a criança e então passa a desqualificar o outro cônjuge, o que exemplifica a Alienação Parental dentro do casamento.

Já no momento da separação, a parte às vezes impulsionada pela impossibilidade de lidar com a morte desta relação que terminou em fracasso, denegrir a imagem do outro e se vingar é a inspiração. Age de forma a criar pequenos obstáculos na relação do pai ou da mãe com o

filho, como doenças que jamais existiram e compromissos que nunca foram marcados. Ou seja, há sempre um respaldo, mas a conduta é injustificável.

Em observância ao referido assunto, Venosa tem o seguinte entendimento.

“Não raro os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação dos pais. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e ausência de desvelo com relação em datas específicas pode ter conduta de alie ação parental. O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo o tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. Op. cit., p. 324.

Infelizmente, os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais, quando estes não sabem separar a norte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura. Cabe ao juiz de ofício ou requerimento, em ação autônoma ou incidentalmente, com participação do Ministério Público, tomar as medidas urgentes necessárias conforme o caso concreto, no sentido de resguardar a higidez psicológica do menor.

As barreiras mais comuns criadas pelo genitor alienador são o impedimento do contato do genitor não guardião com o filho; a não inclusão do genitor alienado nas decisões mais importantes relativas aos filhos; barreiras com relação às visitas e abreviação do tempo de visitação sem motivo justificável; denúncias falsas de abuso sexual supostamente praticado pelo genitor alienado contra o menor; desvalorização do genitor alienado, denegrindo a sua imagem para os filhos; faz com que a criança pense que foi abandonada e que não é amada pelo genitor alienado; induz culpa no filho por se relacionar bem com o alienado; repassa aos filhos as frustrações sofridas com a separação, reforçando o senso de lealdade e cumplicidade do menor com o alienado; dentre várias outras artimanhas.

3.1 Da Perícia Multidisciplinar

Na perícia multidisciplinar quer seja para averiguação das alegações trazidas pelas partes ou percepção pelo magistrado ou Ministério Público da existência da Alienação Parental, quer seja para subsidiar a decisão judicial na modificação da guarda ou outra medida que venha a atender às necessidades do menor ou da parte alienada, é patente que deve haver uma delimitação de qual área será objeto da perícia e qual profissional será o responsável por ela, bem como se as perícias interdisciplinares serão promovidas isoladamente ou em conjunto.

A perícia multidisciplinar analisa os fatos do objeto da prova de forma pormenorizada e, em virtude disso, vem se fortalecendo dentro das lides na qual o objeto recai de alguma maneira em atos da

alienação parental. Assim, devido a sua importância iremos explorar as peculiaridades da perícia social e psicológica.

3.2 Do Perito Social

A atuação do perito social é padrão nos processos de guarda. O magistrado sempre busca neste profissional os subsídios necessários para sua decisão em virtude da proximidade que aquele possui em relação as partes envolvidas no processo.

Nos casos em que se discute a guarda, por exemplo, enquanto o objeto periciado pelo psicólogo são as relações afetivas e subjetivas dos envolvidos, o do perito social será a de convivência entre os pais e o menor, verificando as condições e a realidade social existentes, ponderando qual será a melhor para a criança ou adolescente.

Nota-se que a funcionalidade do perito social é mais premente nos casos de guarda, porém, nos casos de alienação parental, é o psicólogo o profissional especializado.

3.3 Do Perito Psicológico

Quando constatada na lide a presença de Alienação Parental, e precisando o juiz determinar quem tem melhores condições psicológicas para ter ou manter a guarda, o objeto a ser periciado são questões que fogem á objetividade da realidade e estrutura social familiar, em que, pela necessidade de se vislumbrarem os impactos e as

questões subjetivas envolvidas, urge o chamamento do profissional da psicologia para atuação nessas situações.

Segundo Saídy Karolin Maciel, a perícia psicológica consiste:

“Em fornecer provas técnicas, que possam subsidiar os juízes na tomada de decisão sobre processos que estão em litígio, onde a tarefa do perito é o informante sobre assuntos específicos.. O psicólogo está compromissado com o diagnóstico da saúde mental dos periciados, com o reconhecimento das dinâmicas e vínculos por eles estabelecidos.”.

A perícia psicológica irá vislumbrar, por exemplo, qual dos genitores tem melhores condições de corresponder as necessidades do menor. A situação do perito psicológico servirá, também, para averiguar o objeto de conflito vivenciado entre aqueles que disputam a guarda e sua inter-relação com os motivos do conflito e interesses da criança ou adolescentes.

3.4 Medidas Judiciais Cabíveis

Lei nº 12.318 de 2010 em seu artigo 3º, destaca algumas consequências da prática dos atos de alienação parental como ferir o direito fundamental da criança ou do adolescente em ter uma convivência familiar saudável, prejudicar a relação de afeto com o genitor e com o restante do grupo familiar, que além de constituir espécie de abuso moral em face da criança e do adolescente, também incorre no não cumprimento dos deveres inerentes da autoridade parental.

Desta forma, a Lei traz em seu bojo a possibilidade de aplicação de medidas provisionais necessárias para a preservação da integridade da criança e do adolescente quando constatada a ocorrência da alienação parental, e ainda a possibilidade de outras medidas de proteção que podem ser aplicadas no caso concreto e encontram respaldo em outros institutos ou normas jurídicas.

No artigo 4º da Lei de Alienação Parental, encontra-se prevista a imediata necessidade de o juiz adotar medidas provisionais, quando forem declarados indícios da prática de alienação parental, que objetivam proteger o menor e assegurar seu direito a convivência familiar.

Sendo assim, o legislador admitiu a possibilidade do juiz a requerimento ou de ofício, em qualquer fase do processo determinar medidas para o resguardo do menor.

Restando caracterizada a prática de alienação parental, o juiz poderá aplicar as seguintes sanções ao cônjuge alienador, previstas nos incisos I a VII do artigo 6º da Lei nº 12.318 de 2010.

“Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

- II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsissocial;
- V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII – declarar a suspensão da autoridade parental.”

A lei 12.318/2010 foi instituída para, principalmente, coibir a prática da alienação parental desde o seu princípio, naqueles casos ainda considerados leves, ao menor sinal ou indicio de ocorrência de alienação, representada por condutas ensaiadas, em regra, pelo genitor guardião, buscando dificultar a convivência do menor com o outro progenitor, detectando o juiz a existência desses atos de bloqueio das visitas e dos contatos do pai ou da mãe que não detêm a custódia da prole. Autoriza o artigo 6º da lei da alienação parental que o juiz faça cessar desde logo os atos da alienação, ou atenuar seus efeitos por meio de pontuais medidas judiciais declinadas nos incisos subsequentes ao dispositivo em destaque, sem detrimento de alguma ação de responsabilidade civil ou criminal, e, certamente, sem prejuízo de outras medidas judiciais não previstas expressamente na Lei, mas todas elas intimamente vinculadas a gravidade do caso.

Qualquer uma das medidas sugeridas pelos incisos I a VII do artigo. 6º da lei 12.318/2010 não impedem e autorizam a ação autônoma de indenização por perdas e danos, ou da concomitante

ação por responsabilidade criminal. A indenização por dano moral ou material é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem especial referência na Lei da Alienação Parental, diante dos notórios prejuízos de ordem moral e material causados pela propositada e injustificada alienação dos filhos ao outro progenitor, e até mesmo em relação aos avós ou irmãos da criança ou adolescentes alienado.

A prática de quaisquer atos que importem em alienação parental constitui afronta ao direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, implica em abuso moral e desrespeito aos deveres inerentes ao poder familiar.

É imprescindível que os casos de alienação parental sejam tratados por nossos tribunais através de equipes multidisciplinares, integradas por psicólogos e assistentes sociais.

Considerações finais

Foram muitas as transformações sociais, individuais e coletivas, onde a família passou a ser palco de discussões judiciais em decorrência das rupturas conjugais, fenômeno como o da alienação parental se desdobra como consequência nas relações pessoais advindas dessas relações. Crianças e adolescentes passam a ser objetos de disputa tão somente para satisfazer o egoísmo de seus genitores. Tal fato se deu porque muitos ex-casais ainda não se conscientizaram que o poder familiar deve ser exercido de forma igualitária, vez que, em tais circunstâncias, os direitos e deveres concernentes a tal prerrogativa não se exaure, pelo menos até a maioridade dos filhos.

Ademais, constata-se que o vínculo afetivo de seus filhos precisa ser mantido com ambos os genitores em função do seu próprio bem estar, do seu pleno desenvolvimento, ou seja, em função de sua saúde mental, psicológica e até mesmo física. Precisam na realidade se conscientizarem que, na circunstância de ex-casal, não existe a situação de ex-pai ou ex-mãe.

Acredita-se, nesse sentido, que crianças e adolescentes não podem ficar à mercê de práticas danosas constatadas justamente no ambiente familiar. Para tanto, não resta dúvida de que a alienação parental, também reconhecida como implantação de falsas memórias, representa, sobretudo, abuso do exercício do poder familiar e desrespeito aos direitos de personalidade da criança e do adolescente.

As crianças e os adolescentes têm seus direitos priorizados, os quais devem ser respeitados em primeiro lugar, por se tratar de ser humano em pleno desenvolvimento de suas capacidades físicas, intelectuais, mentais e morais. Os pais deixam de ter direitos e passar a ter deveres para com o prole, não apenas no tocante as suas necessidades, mas inerentes ao dever de formar cidadãos aptos a viverem em sociedade e de forma a ter preservada sua higidez psíquica.

Nas dissoluções das relações parentais, em que desde sempre os filhos foram brinquedos nas mãos do casal que desfaz seu vínculo familiar, o Estado tem o dever de intervir e de "quebrar o ciclo" da impune destruição psicológica dos filhos, porquanto os pais devem ter em mente que o que se dissolve é sua união, e não seu parentesco e suas responsabilidades com sua prole, e que seus filhos não vieram ao mundo para servi-los em seus egoísticos desejos de vingança.

Mecanismos judiciais são lembrados com o objetivo de quebrar o ciclo da alienação parental, relevando fortalecer e assegurar o efetivo exercício das instituições da guarda e da visitação, para, a partir delas, estreitar vínculos saudáveis de filiação que precisam ser preservados, apesar da separação dos pais, utilizando-se quando possível e recomendável, do instituto da guarda compartilhada, pois é um meio eficaz de evitar a concentração do poder familiar em um só genitor.

Assim, concluindo o entendimento; os pais movidos por um desejo de vingança, sentimentos de abandono, raiva, amor reprimido, comportamentos patológicos ou simples imaturidade, não pensam em seus filhos, usando-os apenas para destruir o ex-parceiro ou obter atenção exclusiva, criando adultos que terão problemas de adaptação ou serão adultos problema para a sociedade, com transtornos antissociais, isto se sobreviverem até a idade adulta, pois muitas crianças que sofrem da síndrome da alienação parental, cometem inclusive suicídio.

A SAP é um processo de difícil solução, a sociedade não pode fechar os olhos para um crime que acontece dia a dia no lar de seres indefesos e em plena formação. Neste sentido, é preciso saber fazer com que mecanismos legais e processuais postos a disposição da sociedade, sejam colocados a serviço da criança e do adolescente alienados, urgindo que todos os operadores de direito trabalhem em união de preservar o bem estar dos menores, posto que a lei 12.318/2010 lei da alienação parental, é um dispositivo legal que

precisa ser compreendido, para que possa ser exercido e aplicado da melhor forma, de modo que, seja priorizado, o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ASBAHR, Fernando R. **Transtornos Ansiosos na Infância e Adolescência: aspectos clínicos e neurobiológicos.** Disponível em: www.scielo.br/pdf/jped/v80n2s0/v80n2Sa05.pdf. Acesso: 11 de Setembro de 2017.

ALVES, Juliana Gomes. **Alienação Parental e as Medidas de Proteção.** In: *Jurídico Correspondentes*, 10/04/2015. Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/julianagomesalves/alienacao-parental-e-as-medidas-de-protecao-1286>. Acesso: 3 de Outubro de 2017.

ALVES, Juliana Gomes. **Alienação Parental e as Medidas de Proteção.** Op. cit.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010 – Dispõe sobre Alienação Parental. Op. cit.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica.** 2.ed. São Paulo: Método, 2007.

Cartilha Alienação Parental. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/34043#.Wb8s3POGOUu>. Acesso em: 11 de Setembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Op. cit., p. 462-463.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários a Lei 12.318/2010.** 4.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental:** comentários a Lei 12.318/2010. Op. cit., p 29.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental:** comentários a Lei 12.318/2010. Op. cit., p. 88.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental:** comentários a Lei 12.318/2010. Op. cit., p. 90

GARDNER, Richard. Manuscrito não-publicado. Aceito para a publicação 2002. Traduzido para o português por Rita de Cássia Rafaeli Neto: **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? IMEPA.** Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org/richardagardner.php>>. Acesso: 28 de Agosto de 2017.

Identificação da síndrome. Disponível em: <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>. Acesso em 11 de Setembro de 2017.

MACIEL, saidy Karolin. **Perícia psicológica e resolução de conflitos familiares.** 2002. Dissertação (mestrado em psicologia) – UFSC, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83744>. Acesso: 3 de Outubro de 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental:** a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. Op. cit., p. 117.

OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda Compartilhada:** Visão Legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285. Acesso: 11 de Setembro de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, 11^a ed., p.320.

DIREITO ANIMAL VERSUS DIREITO CULTURAL

**CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA
FERREIRA:**

Sumário: 1. Introdução; 2. A visão dos Tribunais Superiores brasileiros; 2.1. Do Supremo Tribunal Federal; 2.1.1. A Farra do Boi; 2.1.2. Um grande passo para a erradicação da Farra do boi; 2.1.3. Briga de galo; 2.2. Do Superior Tribunal de Justiça; 2.2.1. Rinhas de Galo; 2.3 Rodeio; 2.4 Vaquejada; 3. Conclusão; 4. Bibliografia;

1. Introdução:

Com a análise de dados históricos, culturais e sociais, é plenamente possível observar o comportamento humano frente aos animais, que sempre estiveram presentes durante toda a evolução. Com o passar dos anos, o uso frequente destes comportamentos fez surgir as mais variadas legislações com o fito protecionista.

Os maus tratos, a caça predatória, a matança desordenada, o tráfico internacional, dentre outras práticas, levaram à criação de diversas organizações de âmbito internacional, e de movimentos a favor da guarda e proteção dos animais.

Muitas práticas culturais humanas foram difundidas e popularizadas ao longo dos séculos. Dentre estas, as mais frequentes fazem uso do animal, o qual, muitas vezes, acaba morto ou gravemente ferido. O pensamento humano sobre o tratamento adequado de tais seres é muito mais moderno e aceitável nos dias atuais, entretanto, tais práticas abomináveis continuam sendo realizadas, e os animais continuam sendo subjugados e mau tratados pelos homens.

A Farra do Boi, a vaquejada, a briga de galo e o rodeio, são as práticas mais realizadas no território brasileiro, e vêm sofrendo inúmeras críticas dos ambientalistas.

Na seara jurídica, não só os doutrinadores e legisladores entraram na busca da proteção destes seres vivos. É possível ver, atualmente, inúmeras jurisprudências brasileiras que buscam inibir condutas humanas lesivas aos animais.

Diante disso, o objetivo máximo do presente artigo é a análise do entendimento dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a ponderação feita entre o direito animal e o direito humano à cultura, no que diz respeito, especificamente, às práticas culturais mais frequentes no Brasil.

2. A visão dos Tribunais Superiores brasileiros:

2.1 Do Supremo Tribunal Federal:

2.1.1. A Farra do Boi:

No tocante a Farra do Boi, apesar de ser praticada há muito tempo no território brasileiro, não é possível encontrar muitas decisões jurisprudenciais que tratem do tema.

No rol dos julgados do Supremo Tribunal Federal, encontramos algumas decisões sobre a referida prática cultural, entretanto, a maior parte delas não fala propriamente, sobre a ponderação desta com os direitos animais. Assim, é possível encontrar apenas uma jurisprudência que trate do assunto do ponto de vista desejado, consubstanciada no Recurso Extraordinário nº 153.531-8 SC.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não é possível encontrar decisão sobre a referida ponderação.

2.1.2. Um grande passo para a erradicação da Farra do boi:

O marco maior contra a prática da Farra do boi foi o julgamento do Recurso Extraordinário, número 153.531-8 Santa Catarina, com julgamento no dia 03/06/1997, no qual os recorrentes, Associação de Petrópolis, Liga de defesa dos animais, Sociedade zoológica educativa e Associação protetora dos animais, pleitearam para que esta prática fosse, de uma vez por todas, proibida no estado de Santa Catarina.

Inicialmente foi proposta uma ação civil pública com o fito de condenar o supracitado estado à proibição da farra do boi, impondo-se uma obrigação de fazer a este. Várias provas foram trazidas na petição inicial de modo a demonstrar o nível de crueldade de tal prática.

O recorrido, ao contestar, alegou em preliminar inépcia da inicial e carência da ação. Entretanto, após a réplica, a ação foi julgada procedente. O juiz, em sua decisão final, decidiu pela carência da ação diante da manifesta impossibilidade jurídica do pedido. As recorrentes interpuseram apelação, que foi improvida, alterando-se a sentença, pois o E. Tribunal julgou improcedente o pedido.

Após o não provimento da apelação, foi interposto recurso extraordinário, o qual foi conhecido e provido pelo relator. A Turma, por maioria, de acordo com o voto do relator, conheceu e proveu o recurso. A ementa deste importante julgado traz o seguinte teor:

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi” (RE 153.531-8,1997).

Portanto, o julgamento deste recurso foi e continua a ser um marco na evolução protecionista dos animais, buscando-se erradicar práticas amparadas pela cultura humana, que, na verdade, trazem ao fundo uma grande história de atrocidades contra tais seres. O STF inovou em sua decisão, pois, antes desta, ainda não se havia visto nada neste sentido.

Ponderou-se, em sua ementa, os direitos dos animais e o direito humano à cultura, evidenciando-se, o que há muito vem sendo defendido por inúmeras organizações protecionistas dos animais.

É importante que se busque, cada vez mais, uma cultura voltada à proteção, não só dos animais, mas do Meio Ambiente como todo, tendo o homem como peça principal nesta defesa, e não como seu maior vilão.

2.1.3. Briga de galo:

Com a edição do Decreto Federal 24.645, e 1934, foram proibidas as rinhas de galo. Estas, também estão vetadas pelas Constituição Federal de 1988, ainda que não expressamente.

Entretanto, as brigas de galo continuaram sendo realizadas, e algumas leis estaduais foram editadas com o escopo de autorizar e dar legalidade a tal prática abusiva e violenta.

Com o intuito de resguardar os direitos dos animais e a própria Magna Carta de 1988, foram interpostas algumas Ações Diretas, para declarar a inconstitucionalidade destas leis estaduais, flagrantemente desarrazoadas e não recepcionadas pela Lei Maior.

Na Ação direta de inconstitucionalidade de número 1.856, o então Procurador -Geral da República, requereu a declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense nº 2.895/98. Esta legislação, trazia em seu teor a permissão e o estímulo a prática das brigas de galos.

Segundo o relator, Celso de Mello,

A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "ferra do boi" (RE 153.531/SC) não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico (ADI 1.856, 2011).

O relator, após suas ponderações necessárias na análise da lei, votou pela procedência da Ação Direta.

Em decisão plenária, os ministros do STF, ao julgar o mérito da ação, acordaram, por unanimidade, nos mesmos termos do voto do relator, pela procedência da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), declarando, portanto, inconstitucional a Lei nº 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro.

Além do supracitado julgado, outros foram ainda marcantes na busca da proibição e inibição das rinhas de galo por todo o Brasil.

Quadro 1- Julgados sobre rinhas de galo

Nº do Julgado	Ementa	Decisão	Data do julgamento
Ação Direta de Inconstitucionalidade de 2514 SC	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATONORMATIVO QUE AUTORIZA REGULAMENTA CRIAÇÃO E EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE "BRIGAS DE GALO".	O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto do relator que afirmou o seguinte: A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.	29/06/2005

Nº do Julgado	Ementa	Decisão	Data do julgamento
Ação Direta de Inconstitucionalidade de 3776 RN	INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. "Rinhas" ou "Brigas de galo". Regulamentação. Lei estadual que Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada precedente. Precedentes.	O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator que afirmou o seguinte: "É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob o título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "rinhas" ou "brigas de galo".	14/06/2007

Com base nos dados citados acima, é possível observar que a jurisprudência já está firmada sobre o tema em questão, entendendo ser inconstitucional a rinha de galos.

2.2. Do Superior Tribunal de Justiça:

2.2.1. Rinhas de Galo:

Existem algumas jurisprudências no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que trazem em seu teor decisões sobre a prática das rinhas de galo. Conforme o quadro a seguir, é possível observar duas decisões a respeito do assunto.

Quadro 2-Análise e demonstração dos julgados sobre rinhas de galos.

JULGADO	EMENTA	CONTEÚDO DA DECISÃO
HABEAS CORPUS Nº 226.346 - MT (2011/0284221- 0)	EMENTA: HABEAS CORPUS . ART. 32 DA LEI N.º 9.605/98 (MAUS TRATOS). RINHA DE GALO. PRÉVIO MANDADO DE SEGURANÇA. LEGALIDADE DA REALIZAÇÃO DO EVENTO ESPORTIVO. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE OBJETO. VIOLAÇÃO NAO CONFIGURADA. RESSALVA À POSSIBILIDADE DE SE PUNIR OS MAUS TRATOS EVENTUALMENTE PRATICADOS. ORDEM DENEGADA.	<p>1. Constatado que não há identidade de objetos entre o inquérito policial que se pretende trancar por meio deste writ , e o mandado de segurança no qual o paciente obteve autorização para a realização de "rinhas de galo", não há falar em ofensa à coisa julgada.</p> <p>2. Ainda que assim não fosse, o Tribunal estadual, no acórdão proferido no mandado de segurança citado, entendeu ser líquido e certo o direito de realização das denominadas rinhas de galo. No entanto, ressalvou a possibilidade de se punir os maus tratos que se verificarem dentro de todas as atividades, inclusive nos referidos eventos, reprimindo os excessos que eventualmente forem praticados neste esporte.</p> <p>3. Ordem denegada.</p>

JULGADO	EMENTA	CONTEÚDO DA DECISÃO
<p>AÇÃO PENAL 680 MT 2010/0192075-8</p>	<p>AÇÃO PENAL DESEMBARGADOR TRE/MT. CRIME DO ART. 32, C.C. O § 2.º, DA LEI N.º 9.605/98. "RINHAS DE GALO". EFETIVO MAUS-TRATOS ANIMAIS CONFIGURADO. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA DE AUTORIA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. DENÚNCIA RECEBIDA.</p>	<p>1. A materialidade delitiva está fartamente comprovada no laudo técnico, elaborado pela Polícia Federal, e na perícia, realizada por técnicos do IBAMA, que corroboraram a narrativa da autoridade policial federal que conduziu a diligência no local em que ocorriam as chamadas "rinhas de galo", onde foi confirmada a ocorrência de maus-tratos a animais, conduta inserta no art. 32, c.c. o § 2.º, da Lei n.º 9.605/98. 2. Considerando-se o histórico envolvimento do acusado com as atividades desenvolvidas pela sociedade promotora do evento, mormente o fato de figurar como sócio-fundador e "superintendente jurídico" da entidade e ter sido flagrado na ocasião de sua realização, constata-se a existência de elementos de prova, os quais, em juízo prelibatório, consubstanciam justa causa para a deflagração da persecução penal em juízo.</p>

JULGADO	EMENTA	CONTEÚDO DA DECISÃO
		3. Denúncia recebida.

A partir da análise dos julgados demonstrados na tabela, observa-se duas posições antagônicas, uma vez que o primeiro deles defende a possibilidade da prática das brigas de galos, afirmando que estas podem ser realizadas, devendo ser punido apenas os excessos causadores de maus tratos ao animal. Já o segundo julgado afirma ser a rinha de galo ilegal e decide pela punição de seus praticantes.

2.3 Rodeio:

O Rodeio é prática muito realizada no território brasileiro, além de ser autorizada pela Lei 10.519 de 2002. Entretanto, tal realização, tida por muitos como festiva, utiliza-se da submissão dos animais a artifícios dolorosos. Estes, que antes eram dóceis, passam a ser bravos e ferozes, em decorrência da utilização de instrumentos causadores de dor em áreas vitais de seus corpos. O sedém, as esporas, peiteras, e choques elétricos, são exemplos destes instrumentos (SOUZA, 2008).

A jurisprudência, no tocante ao Rodeio, ainda não tem posição firmada, sendo possível encontrar posicionamentos bem controversos. Gabriel Campos de Souza, em um trabalho seu sobre o tema, pondera que,

Na linha favorável ao tratamento da fauna e sua proteção como bens jurídicos autônomos, a partir de uma concepção aberta e teleológica da Constituição Federal, há precedentes jurisprudenciais que se orientam no sentido de que as normas constitucionais vedam maus-tratos aos animais através do emprego de meios cruéis nas atividades de rodeio. Por outro lado, há julgados nos quais se entende que, apesar da proteção garantida pela Constituição Federal de 1988 e da proteção garantida pela Lei dos Crimes Ambientais que proíbe crueldade contra animais, o rodeio não é vedado por lei e que não é possível avaliar se a dor ou sofrimento físico suportado pelos animais é suficiente para que se imponha a não utilização do sedém e dos outros métodos e artifícios utilizados nos rodeios (2008, p.11).

Portanto, conforme posicionamento de Souza, é possível observar que os Tribunais não possuem um entendimento uniformizado sobre o tema, e que, na verdade, as posições são bastante contrapostas, visto que uns defendem a utilização dos instrumentos supracitados, afirmando não ser possível aferir o nível de dor imputado a tais animais, e outros defendem a não utilização destes, pois é proibida pela Constituição Federal qualquer tipo de maus-tratos ao animal, independentemente do grau de sofrimento.

A seguir, podemos ver, em um quadro comparativo, as posições divergentes:

Quadro 3- Comparação da posição jurisprudencial sobre o Rodeio
(ANEXO 1)

TRIBUNAL	JULGADO	CONTEÚDO
----------	---------	----------

TRIBUNAL	JULGADO	CONTEÚDO
Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma.	REsp 363949 / SP RECURSO ESPECIAL 2001/0120139-1	<p>"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FESTA DE PEÃO DE BOIADEIRO. UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS QUE SUPOSTAMENTE CONFIGURAM EM CRUELDADE COM OS ANIMAIS. SEDESM. LAUDOS PERICIAIS EXAMINADOS EM 1ª E 2ª GRAUS. APÓS EXAMINADAS AS PROVAS, FOI CONSTATADA A IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR A REAÇÃO CAUSADA NO ANIMAL. AFASTADA A HIPÓTESE DE CRUELDADE. PRETENDIDA REFORMA. NAÓ-ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM HONORÁRIOS. RECURSOS ESPECIAIS DO PARQUET E DA UNIAO PROTETORA DOS ANIMAIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ - RECURSO INTERPOSTO PELA LETRA "B" NAÓ-CONHECIDO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACOLHIDA, EM PARTE, DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O Tribunal de Justiça Paulista, ao sopesar as provas carreadas aos autos, adotou o posicionamento segundo o qual não é possível aferir se a dor ou o sofrimento físico suportado pelos animais é suficiente para impor que o sedesm e os petrechos utilizados no evento devam ser vedados. A evidência, para constatar se a utilização de sedesm e outros petrechos causam desconforto ou dor nos bovinos e equinos durante os rodeios, necessário se faz revolver todo o conjunto fático-probatório encartado nos autos e revisar a conclusão a que chegou a instância</p>

TRIBUNAL	JULGADO	CONTEÚDO
		ordina?ria, em ambos os graus de jurisdic?a?o. Incide?ncia da Su?mula n. 7 do STJ."
Tribunal de Justic?a de Sa?o Paulo. Ca?mara Especial do Meio Ambiente.	Apelac?a?o com Revisa?o 6128615400	"AC?A?O CIVIL PU?BLICA AMBIENTAL - RODEIO - MAUS-TRATOS A ANIMAIS. 1) Afirmac?a?o expressa de que Rodeios e Concursos de Provas de Peo?es de Boiadeiros e similares sa?o atividades li?citas e permitidas ha?beis a gerar entretenimento a? comunidade e renda e nego?cios aos envolvidos empresarialmente. 2) Os princ?pios da prevenc?a?o e precauc?a?o permitem, em a?mbito ambiental, sejam vedadas pra?ticas crue?is e aptas a gerar maus-tratos aos animais, ainda que existam estudos em ambos os sentidos, bastando ana?lise lo?gica e razoa?vel das condic?o?es de sua realizac?a?o e consequ?ncias. 3) A protec?a?o aos animais e a vedac?a?o a maus-tratos ou condutas que empreguem meios crue?is decorrem da ordem constitucional, de forma que a existe?ncia de leis federal e estadual

TRIBUNAL	JULGADO	CONTEÚDO
		<p>regulando a matéria só pode vingar se a regulamentação não afrontar o intento do legislador constituinte originário ao redigir o texto constitucional. Não se pode permitir seja a Carta Magna transformada em mero protocolo de intenções a ser seguido, se e caso interessar a este ou aquele setor. 4) Possível a condenação da Fazenda Pública, bem como o particular, em multa diária em caso de descumprimento de determinações judiciais. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO."</p>

2.4 Vaquejada:

A vaquejada, tida por muitos como uma modalidade esportiva e cultural, é prática realizada em várias regiões brasileira, principalmente na região nordeste.

Atualmente, muitas pessoas aderiram a essa prática, e, por isso, a sua realização é, na maior partes das localidades, permitida e regulamentada por lei. No entanto, algumas cidades e estados já promulgaram leis que visam a coibir a realização do supracitado esporte, o qual, muitas vezes, se utiliza de meios causadores de dor e muito sofrimento aos bovinos.

Em virtude de sua prática costumeira, não era possível encontrar decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade ou não da proibição da vaquejada. Por outro lado, existem raras decisões nos âmbitos de Tribunais Regionais, como, é o caso do Tribunal Regional do Rio de Janeiro, que decidiu, em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, pela proibição do mencionado esporte.

Contudo, recentemente fora ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 4983, com o objetivo de suspender a eficácia da lei estadual nº 15.299/2013, a qual regulamenta a prática da vaquejada no estado do Ceará.

A referida ADI foi ajuizada pelo Procurador Geral da República, no mês de julho do ano de 2013, pedindo a concessão de liminar para suspensão da prática da vaquejada no Estado do Ceará, e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O STF, ao julgar o mérito da referida ação, entendeu pela inconstitucionalidade da prática da vaquejada, dada a incompatibilidade desta com os preceitos constitucionais, dentre os quais destaca-se o art. 225, VII, da Constituição Federal, que veda, expressamente, a submissão de animais à crueldade.

Assim, demonstrou o STF que, embora se trate de uma atividade cultural, praticada por muitos anos, não cabe a sua prevalência sobre o direito animal, ou melhor, ao direito de proteção ao meio ambiente. Isto é, diante de dois valores fundamentais, ponderando-os no caso concreto, há de prevalecer a vedação a práticas cruéis.

Destaca-se, por fim, que a decisão tomada no tocante à inconstitucionalidade da mencionada lei cearense não foi unânime, mas, ao contrário, se deu por 6 (seis) votos contra 5 (cinco).

Contudo, a controvérsia sobre o tema permanece, pois, em 2016, fora aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 13/364/2016, a qual objetiva reconhecer a vaquejada como prática artística e cultural, como forma de legitimar a sua realização. Ainda, em acréscimo, fora editada a EC nº 96/2017, a qual acresceu o §7º ao art. 225 da Constituição Federal, como forma de excluir as manifestações culturais do enquadramento como prática cruel e inconstitucional.

3. Conclusão:

Em virtude dos fatos mencionados, fica clara a escassez do número de decisões jurisprudências sobre o tema referente à ponderação dos direitos dos animais frente ao direito humano à cultura.

Nos casos mais famosos nos quais houve o embate de tais direitos, como na ADI 1856 sobre a briga de galo e o RE 153.531 sobre a farra do boi, o STF entendeu que, no caso de conflitos entre as normas constitucionais referentes ao assunto, irá prevalecer a decisão que beneficie o meio ambiente quando este estiver diante de um caso em que as práticas culturais e os esportes levem os animais a situações humilhantes e inaceitáveis.

Portanto, no momento em que as decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros são analisadas, conclui-se que, apesar de estas serem poucas, o maior número delas contém decisões a favor da prevalência do direito dos animais e do meio ambiente em geral, quando confrontados com realizações humanas, amparadas pelo "título" de culturais e esportivas.

Além disso, cabe ressaltar que, embora existam, mesmo que em pequena monta, decisões jurisprudenciais que proíbam determinadas práticas, como a farra do boi e as rinhas de galo, estas continuam sendo praticadas ilegalmente.

4. Bibliografia:

SOUZA, Gabriel Campos. Os rodeios e a Lei 10.519/02: Retrocesso social e desconformidade com a Constituição Federal de 1988. In: I Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, 2008, Salvador. Anais... Salvador: UFBA, 2008, p.1-16.

STF, Recurso Extraordinário: RE 153.531-8/SC. Relator: Ministro Francisco Rezek. DJ: 13/03/1998. JusBrasil, 1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700185/recurso-extraordinario-re-153531-sc>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STF, Ação Direta de inconstitucionalidade: ADI 2514/SC. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 09/12/2005. JusBrasil, 2005. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763868/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STF, Ação Direta de inconstitucionalidade: ADI 1.856/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 13/10/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STF, Ação Direta de inconstitucionalidade: ADI 4983/CE. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 02/08/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23889398/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4983-ce-stf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STJ, Recurso Especial: REsp 363949/SP. Relator: Ministro Franciulli Netto. DJ: 30/06/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19554252/recurso-especial-resp-363949-sp-2001-0120139-1?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STJ, Habeas Corpus: HC 226.346/MT. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 17/05/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21775091/habeas-corpus-hc-226346-mt-2011-0284221-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STJ, Ação Penal: APn 680/MT. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ: 29/10/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24607391/acao-penal-apn-680-mt-2010-0192075-8-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

TJ/SP, Apelação com Revisão: CR 6128615400/SP. Relator: Ministra Regina Capistrano. DJ: 11/08/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6866591/apelacao-com-revisao-cr-6128615400-sp>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

SOLUÇÕES JURISDICIONAIS PARA A INEFICÁCIA DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

LEANDRO WEHDORN GANEM: Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional, Técnico Judiciário - assistente de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região.

RESUMO: As normas constitucionais de eficácia limitada dependem da regulamentação do direito previsto no texto constitucional a fim de produzirem plenamente os seus efeitos. A inércia do Poder Legislativo na regulamentação de direitos fundamentais não pode representar um óbice ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário dar efetividade a preceitos desta ordem quando provocados. Nesse sentido assegura-se ao indivíduo o ajuizamento do mandado de injunção (art.5º, LXXI, CR/88 e Lei 13.300/2016). No presente artigo, busca-se examinar as soluções que os Tribunais Superiores tem apresentado no plano jurisdicional quando do exame do aludido remédio constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Normas constitucionais. Eficácia limitada. Mandado de injunção

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil. 3. A constitucionalidade do art. 29-B da Lei 8.036/ A distinção do precedente fixado nas ADIs 2382, 2425 e 2479 e a tutela de evidência. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As normas constitucionais de eficácia limitada dependem da regulamentação do direito previsto no texto constitucional a fim de produzirem plenamente os seus efeitos. A inércia do Poder Legislativo na regulamentação de direitos fundamentais não pode representar um óbice ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário dar efetividade a preceitos desta ordem quando provocados. Nesse sentido assegura-se ao indivíduo o ajuizamento do mandado de injunção (art.5º, LXXI, CR/88 e Lei 13.300/2016). No presente artigo, busca-

se examinar as soluções que os Tribunais Superiores tem apresentado no plano jurisdicional quando do exame do aludido remédio constitucional.

2. A eficácia das normas constitucionais

A classificação originária das normas constitucionais quanto ao plano da eficácia, segundo CARVALHO (1999), fruto da doutrina constitucionalista americana dá-se quanto às normas auto-executáveis e às não auto-executáveis, as quais se distinguem a partir da necessidade ou não de regulamentação por outra norma, a fim de que o comando constitucional produza plenos efeitos.

SILVA (20--) estabelece a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, observados os seguintes parâmetros:

1- normas constitucionais de eficácia plena: são as normas constitucionais que, desde a entrada em vigor da estão aptas, direta e imediatamente, a produzir todos os efeitos

2 - normas constitucionais de eficácia contida: são as normas constitucionais em que o legislador constituinte disciplinou suficientemente a matéria, porém tendo possibilitado a atuação restritiva ao legislador infraconstitucional;

3 - normas constitucionais de eficácia limitada: são as normas constitucionais que preveem direitos que dependem da atuação do legislador ordinário para plena produção dos seus efeitos.

Nesse sentido, a fim de se dar plena efetividade à tutela das liberdades públicas, no que concerne às normas jurídicas de eficácia limitada desponta o remédio constitucional denominado mandado de injunção. Assim se manifesta Canotilho:

“Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma

vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos."(CANOTILHO. 1993. Pg. 367)

3. O mandado de injunção

A Constituição da República de 1988 previu a possibilidade de ajuizamento do mandado de sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art.5º, LXXI).

A regulamentação do remédio constitucional deu-se com a Lei 13.300/2016.

Pedro Lenza (2015) afirma que:

"Os dois requisitos constitucionais para o mandado de injunção são: norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados (omissão do Poder Público). Dessa forma, tal como a ADO — ação direta de inconstitucionalidade por omissão (já estudada no item 6.7.4), o mandado de injunção surge para "curar" uma "doença" denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento que a Constituição entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de ato normativo

integrativo e infraconstitucional.” (LENZA. 2015. Pg. 1773)

Destaca-se, ainda, a previsão de possibilidade do ajuizamento do mandado de injunção tanto na esfera individual, quanto coletivamente. Nestes termos o art. 12 da Lei 13.300/2015:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do [inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal](#).

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Quanto aos efeitos da decisão há diferentes correntes quanto ao efeito concretizador do julgado, o que será objeto de exame no tópico seguinte.

4. Os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção

Pedro Lenza (2015), aponta a existência de duas principais posições quanto aos efeitos da decisão na apreciação dos mandados de injunção, sendo as correntes concretistas e não concretistas.

MORAES (2003), distingue as correntes acima com base na natureza da decisão do Poder Judiciário, a qual, no caso da adoção da teoria concretista, mediante decisão constitutiva, vem a declarar a existência da omissão administrativa ou legislativa e, de plano, implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até posterior regulamentação pelo órgão competente.

A corrente concretista, por sua vez, conforme lição de LENZA (2015) pode se classificar como sendo geral ou individual e, esta, em direta e intermediária. Assim explica o autor:

“posição concretista geral: por meio de normatividade geral, o STF supre a omissão de caráter normativo, produzindo a decisão efeitos erga omnes até que sobrevenha norma integrativa pelo órgão omissor; posição concretista individual direta: a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente; posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o judiciário fixa ao órgão omissor prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia, o autor passa a ter assegurado o seu direito;” (LENZA. 2015. Pg. 1776)

O Supremo Tribunal Federal adotou diferentes correntes conforme será examinado no tópico a seguir.

5. As posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao julgamento do mandado de injunção

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou diferentes correntes na apreciação dos mandados de segurança.

Inicialmente, prevaleceu no âmbito do STF, a aplicação da corrente não concretista. Nesse sentido o MI 107-DF.:

EMENTA : - Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir . - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem "legitimatío ad causam" ,em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele . - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrario, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito . - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido:

(STF - MI: 107 DF, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 21/11/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 02-08-1991 PP-09916 EMENT VOL-01627-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-01 PP-00001)

Posteriormente, adotou o STF a posição concretista individual intermediária, conforme se extrai do MI: 232 RJ:

“Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.(STF - MI: 232 RJ, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 02/08/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965)

No julgamento do MI 721 DF, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição concretista individual direta:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. **MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS.** Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (STF - MI: 721 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

Por fim, quando provocado a examinar a omissão legislativa quanto à regulamentação do direito à greve dos servidores públicos (MIs 670, 708 e 712), o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente concretista geral.

6. Conclusão

Diante do exposto, o Supremo Tribunal Federal, apresenta jurisprudência progressista, avançando no aspecto de solucionar judicialmente, no julgamento dos mandados de injunção, a crise de ineficácia quanto ao exercício dos direitos fundamentais.

7. Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Lei 13.300/2015

www.stf.jus.br

CANOTILHO, J. J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 6ª edição. Belo Horizonte: DELREY, 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

AS PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES QUE LABORAM EM EMPRESAS COM LOCAIS INSALUBRES APÓS A REFORMA TRABALHISTA

MARIA DIVINA TAVARES COSTA:
BACHARELANDA DO CURSO DE DIREITO PELA
FACULDADE SERRA DO CARMO.

MURILO BRAZ VIEIRA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O artigo a seguir tem o objetivo de analisar as diretrizes para trabalhadoras gestantes e lactantes sob a luz da lei n. 13.467/17. para isso foram realizados alguns apontamentos históricos das mulheres no mercado de trabalho, princípios da relação de emprego no ordenamento pátrio, princípio da proteção ao trabalhador, bem como as diretrizes para trabalhadoras gestantes e lactantes sob a luz da lei n. 13.467/2017: avanço e retrocesso. o novo dispositivo veda que mulheres gestantes laborem em condições insalubres em grau máximo. no regramento anterior, a vedação era estendida a qualquer grau de insalubridade e incluía mulheres lactantes. Com a reforma, a lactante apenas terá direito ao afastamento da função insalubre caso apresente atestado médico impõe a obrigatoriedade do pagamento do adicional de insalubridade à gestante e à lactante que trabalhem em condições insalubres. estabelece que caso seja determinado por atestado médico o afastamento da gestante ou da lactante da condição insalubre, e se a empresa não tiver condições de reenquadrá-la em função salubre, a mesma será afastada de suas funções, mediante percepção de auxílio maternidade, a ser paga pelo inss. a clt já previa que para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 meses de idade, a mulher tem direito, durante a jornada de trabalho, a 2 descansos de meia hora cada um. o novo dispositivo bem regular a matéria, definindo que os horários devem ser pactuados entre a mulher e empresa.

Palavras-chave: Gestante. Lactante. Reforma Trabalhista. Insalubridade.

ABSTRACT: The following article aims to analyze the guidelines for pregnant and lactating women workers under the light of law n. 13,467 / 17.

for this, some historical notes were made on the labor market, principles of the employment relationship in the country's legal order, the principle of worker protection, as well as the guidelines for pregnant and lactating women workers under the law n. 13.467 / 2017: advancement and retreat. the new device prevents pregnant women from working in unhealthy conditions to the fullest extent. in the previous rule, the fence was extended to any degree of unhealthiness and included lactating women. with the reform, the infant will only be entitled to the removal of the unhealthy function if he presents a medical certificate imposes the obligation of payment of the additional health insurance to the pregnant woman and the infant who work in unhealthy conditions. stipulates that if a medical certificate determines the removal of the pregnant woman or the infant from the unhealthy condition, and if the company is not able to re-establish it in a healthy way, it will be removed from its functions, by means of the perception of maternity aid, to be paid by the inss. the clt already foresaw that in order to breastfeed her own child, until the child reaches 6 months of age, the woman is entitled during the workday to 2 half-hour breaks each. the new device well regulate the matter, defining that the times should be agreed between the woman and company.

Keywords: Pregnant. Infant. Labor Reform. Unhealthy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO; 3 PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO PÁTRIO; 3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR; 4 AS DIRETRIZES PARA TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES SOB A LUZ DA LEI N. 13.467/2017: AVANÇO E RETROCESSO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico a seguir abordará um tema de muita relevância, uma vez que diz respeito às mudanças quanto aos direitos das mulheres gestantes e lactantes realizadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 que entrou em vigor no dia 11 de

outubro de 2017, mudanças estas que têm gerado inúmeras discussões quanto a sua eficácia.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) dispõe no artigo 7º quanto às garantias dos trabalhadores, de forma que os direitos trabalhistas fazem parte dos direitos e garantias fundamentais, estando dentro dos direitos sociais, e são dotados de proteção especial contra a discricionariedade de quem quer que seja.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a Magna Carta prevê, ainda, que são assegurados os demais direitos que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais.

O foco central do presente artigo científico é quanto à questão das mulheres gestantes e lactantes que laboram em locais, tidos como, insalubres. Para tanto, fez-se um estudo quanto à atuação das mulheres no mercado de trabalho, as dificuldades que as mesmas presenciam no seu dia a dia.

Ademais, fora abordado os princípios que regem o direito trabalhista no ordenamento pátrio brasileiro, pois estes servem como norteadores do direito, auxiliam na interpretação da norma ao caso concreto a fim de melhor esclarecer quanto aos direitos dos trabalhadores.

Por fim, abordar-se-á com mais profundidade a questão dos direitos das mulheres gestantes e lactantes perante a nova CLT, relacionado ao afastamento ou não do local de trabalho insalubre, uma vez que tem gerado inúmeras dúvidas e questionamentos, tanto pelas trabalhadoras quanto pelos empregadores.

2 MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

O processo de inclusão da mulher no mundo do trabalho, ao longo dos anos, vem seguida de elevada discriminação, não só em relação à qualidade de ocupações que têm sido criadas tanto no setor formal como no informal, mas no que se refere à desigualdade de remuneração entre homens e mulheres (MAIA, 2004).

Assim:

A crescente presença das mulheres no mercado de trabalho a partir dos anos de 1970 e a sua permanência mesmo em décadas foi caracterizadas pelo elevado nível de desemprego e crise econômica, como foram os anos de 1980. No entanto, essas mesmas pesquisas salientavam que essa inserção se destacava pelas grandes diferenças salariais e pela elevada concentração em setores ligados ao comércio e a serviços, notadamente nas áreas de serviços sociais, trabalho doméstico e nas ocupações mais vulneráveis e de reduzida exigência de qualificação profissional. São características que acompanham toda a trajetória de inserção das mulheres no mundo produtivo e tem suas raízes na desigual divisão sexual do trabalho e na atribuição às mulheres do trabalho reprodutivo (CESIT, 2017, p. 18).

Ainda de acordo CESIT (2017) os dados do Censo de 1872 apontam que o conjunto da população feminina com profissão, cerca de 52% eram empregadas domésticas e costureiras. Nos Censos de 1872 e 1900 o nível de ocupação por sexo feminino era de aproximadamente 73%, reduzindo para 17% em 1920, essa redução, conforme as autoras, se deve a que nos primeiros recenseamentos grande parte das mulheres ocupadas com o trabalho doméstico não remunerado estava inserida nesta categoria. Entre os anos entre 1920 e 1970 haveria pouca alteração, variando de 16,7% para 18,5%, respectivamente.

Analisando os dados acima pode-se perceber que a presença das mulheres no mercado de trabalho se intensificou nos anos de 1970, resultado tanto da necessidade econômica, quanto das transformações demográficas, culturais e sociais que vinha ocorrendo no país e no mundo, o acesso as universidades e a queda da fecundidade e os próprios movimentos feministas com participação cada vez mais atuante de mulheres nos espaços públicos contribuíram decisivamente para esse novo período.

É importante mencionar que em relação ao trabalho, a mulher não se restringe apenas ao trabalho formal remunerado, como demonstra a tabela a seguir, que apresenta um estudo do IBGE (2016).

Ainda de acordo o IBGE (2016) a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua realizada em 2016 apontou que existe grande divergência entre homens e mulheres, pois enquanto 32,4% das mulheres realizaram cuidados de moradores do domicílio ou de parentes não moradores em 2016, entre os homens essa proporção foi de 21,0%. Isso denota que além do trabalho remunerado, a mulher ainda se encarrega dos cuidados com os moradores do domicílio em que reside e ainda se estende aos parentes não moradores, convergindo assim para uma jornada de trabalho bem mais exaustiva que a do homem.

É importante mencionar que em 2015, a população masculina representava a maioria da população economicamente ativa (53,3%), mantendo o comportamento dos anos anteriores, tanto para o conjunto das seis regiões metropolitanas quanto para cada uma delas separadamente (IBGE, 2018).

As pesquisas do IBGE (2018) apontaram ainda que o salário médio pago às mulheres no ano de foi apenas 77,5% do rendimento pago aos homens no Brasil. Enquanto eles receberam R\$ 2.410, elas ganharam R\$ 1.868. A porcentagem ficou levemente acima da registrada em 2016 (77,2%).

As mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas. Mesmo assim, e ainda contando com um nível educacional mais alto, elas ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens. Essas e outras informações estão no estudo de Estatísticas de Gênero, divulgado hoje pelo IBGE. Vários fatores contribuem para as diferenças entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Por exemplo, em 2016, as mulheres dedicavam, em média, 18 horas

semanais a cuidados de pessoas ou afazeres domésticos, 73% a mais do que os homens (10,5 horas). Essa diferença chegava a 80% no Nordeste (19 contra 10,5). Isso explica, em parte, a proporção de mulheres ocupadas em trabalhos por tempo parcial, de até 30 horas semanais, ser o dobro da de homens (28,2% das mulheres ocupadas, contra 14,1% dos homens) (PERET, 2018, p. 01)

Diante o exposto Alves (2013) citado por Araujo (2016) afirma que as desvantagens das mulheres na atividade econômica aparecem na condição de atividade (menor participação e maior desemprego) e na segregação ocupacional que se manifesta na elevada participação nas piores situações da informalidade (trabalho não remunerado e emprego doméstico sem carteira de trabalho), nos empregos formais pior remunerados, nos rendimentos médios inferiores aos dos homens, qualquer que seja o nível de instrução, sendo esta diferença mais acentuada no nível superior de escolaridade. A segregação ocupacional por sexo também se expressa na concentração de mulheres em um conjunto reduzido de ocupações (definidas como tipicamente femininas). Isto ocorre inclusive no setor público e em ocupações que exigem educação de nível superior.

3. PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO

PÁTRIO

Para Schiavi (2017) os princípios relacionados ao emprego no ordenamento jurídico brasileiro possuem duas acepções: a primeira, de ordem moral, e a segunda, de ordem lógica. A de ordem moral é no sentido ético, para significar as virtudes, a boa formação e as razões morais do homem. Já a acepção lógica, deve partir da correta compreensão de juízo, ou seja, a apreciação qualitativa de algo, até a formulação de uma proposição, nascendo dessa combinação o raciocínio.

Corroborando o exposto acima Plá Rodriguez (2013) citado por Schiavi (2017) observa a importância dos princípios no Direito do Trabalho, assegurando que eles estabelecem o fundamento do ordenamento jurídico

trabalhista, e, por conseguinte, entre eles e os preceitos legais não pode haver contradição, sendo certo que tais princípios estão acima do direito positivo desde quando o servem como elemento inspirador, não podendo, porém, tornar-se independentes dele, mormente porque se influenciam mutuamente.

3.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O princípio da proteção ao trabalhador é um dos mais importantes no contexto laboral, entre tantos outros que norteiam esta ramificação do direito, a saber:

o primeiro princípio específico do Direito Processual do trabalho é o princípio do protecionismo ao trabalhador, que decorre do princípio da proteção do Direito Material do Trabalho. Por esse princípio, temos a facilitação do acesso à justiça e um tratamento diferenciado e mais favorável ao trabalhador dentro do Trâmite processual (SCHIAVI, 2017, p. 95).

Para Leite (2007) o princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade tal existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

Vale ressaltar que tal princípio é responsável para assegurar as mesmas condições entre as partes litigantes, qual seja, empregado e empregador. O trabalhador por conta de sua inferioridade em condições para com o empregador não pode ter seus direitos ceifados.

4 AS DIRETRIZES PARA TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES SOB A LUZ DA LEI N. 13.467/2017: AVANÇO E RETROCESSO

Delgado (2017) descreve que a Lei da Reforma Trabalhista promoveu nova redação para o art. 394-A da CLT, alterando-lhe o seu caput e lhe inserindo os incisos I, 11 e 111, além dos §§ 2º e 3º. Quanto ao § 1º, foi

apenas renumerado do antigo parágrafo único, mas se mantendo vetado desde a sua origem (Lei n. 13.287, de 11.5.2016 – parágrafo único do art. 394-A vetado pela Presidência da República).

Tal preceito normativo (art. 394-A) havia sido incorporado à Consolidação apenas cerca de um ano antes, em 11 de maio de 2016, pela Lei n. 13.287, com o seguinte sentido: "Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre" .

Assim a nova redação do art. 394-A da CLT, com a mudança promovida pela Lei da Reforma Trabalhista, passa a apontar em sentido diferente:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese

será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento (DELGADO, 2017, p. 149).

Todavia, para as atividades de grau máximo, segue valendo a regra anterior a reforma, ou seja, vale a proibição de exercer qualquer atividade insalubre durante a gestação e amamentação.

Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

Para Melo (2017) a grande dúvida é se os atestados médicos serão mesmo garantia de proteção para a mulher e o feto, porque o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança no trabalho e não ir examinar o local de trabalho, pois é certo que o profissional médico que emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal.

O artigo 396, da CLT pós reforma, dispõe sobre o intervalo para amamentação, a saber: "para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um (CLT, art. 396, p. 123).

Neste diapasão:

Todas as mulheres grávidas que trabalham de carteira assinada não podem ser despedidas sem justa causa, desde a data da concepção até cinco meses após o parto. Após o nascimento, elas continuam com o direito garantido de amamentar seu bebê mesmo durante a jornada. As mulheres podem tirar dois

períodos de 30 minutos todos os dias para se dedicarem à amamentação (BRASIL ECONÔMICO 2017, p. 01).

Todavia, a lactante poderá laborar em local insalubre de qualquer grau, sendo necessário a apresentação de um atestado médico informando que tal atividade é prejudicial. Assim dispõe o artigo 394-A, §3º da CLT, *in verbis*:

A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação (CLT, art. 394-A, p. 125).

As informações a seguir estão sintetizadas de como era, como ficou e o que mudou em relação à mulher gestante e lactante após a reforma trabalhista n. 13.467/2017, na percepção de Martins (2017):

- **COMO ERA:** CLT - Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em locais salubres.
- **COMO FICOU:** CLT - Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.
- **O QUE MUDOU:** O novo dispositivo veda que mulheres gestantes laborem em condições insalubres em grau máximo. No regramento anterior, a vedação era estendida a qualquer grau de

insalubridade e incluía mulheres lactantes. Com a reforma, a lactante apenas terá direito ao afastamento da função insalubre caso apresente atestado médico.

- **COMO ERA:** CLT - Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.
- **COMO FICOU:** CLT - Art. 394-A - § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.
- **O QUE MUDOU:** Impõe a obrigatoriedade do pagamento do adicional de insalubridade à gestante e à lactante que trabalhem em condições insalubres.
- **COMO ERA:** CLT - Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.
- **COMO FICOU:** CLT - Art. 394-A - § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.
- **O QUE MUDOU:** Estabelece que caso seja determinado por atestado médico o afastamento da gestante ou da lactante da condição insalubre, e se a empresa não tiver condições de reenquadrá-la em função salubre, a mesma será afastada de suas funções, mediante percepção de auxílio maternidade, a ser paga pelo INSS.
- **COMO ERA:** CLT - Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de

quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em localsalubre.

- COMO FICOU: Art. 396 - § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.
- O QUE MUDOU: A CLT já previa que para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 meses de idade, a mulher tem direito, durante a jornada de trabalho, a 2 descansos de meia hora cada um. O novo dispositivo bem regular a matéria, definindo que os horários devem ser pactuados entre a mulher e empresa.

Com relação à licença maternidade, benefício conhecido às empregadas, nada mudou, pois trata-se de um benefício da previdência social:

Toda gestante ou mãe adotante tem direito a pelo menos 120 dias de afastamento de sua função, prazo que pode se estender a até 180 dias no serviço público federal, no funcionalismo de muitos municípios e estados do país e nas organizações que aderiram ao Programa Empresa Cidadã (BRASIL ECONÔMICO 2017, p. 01).

Deste modo, pode-se aferir que as gestantes e lactantes sofreram algumas modificações que podem ser prejudiciais à sua saúde e de seu bebê. Pois, segundo a nova CLT, a gestante poderá trabalhar em local insalubre de grau mínimo e médio, salvo se apresentar atestado médico, o mesmo vale para a lactante.

Delgado (2017) assevera ainda que:

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe. A maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Carta de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recém parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o

art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável ao menor (contido no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recém-parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz do critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República (ilustrativamente, o art. 196 que afirma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88) (DELGADO, 2017, p. 113).

Logo, fica evidenciado que tanto essas trabalhadoras quanto seus bebês restam prejudicados com a nova redação, pois dependem de atestado médico para serem isentas de atividades tidas como insalubres. Deve-se ressaltar, ainda, que em decorrência de tais prejuízos à saúde, tanto das trabalhadoras, quanto de seus bebês, as empresas passam a assumir um enorme risco quanto a judicialização, podendo ser responsabilizadas por indenizações de grande monta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a pesquisa realizada foi possível chegar à conclusão que o futuro da mulher no mercado de acordo a reforma trabalhista aprovada em 2017 poderia causar maior exclusão de mulheres no mercado de trabalho, bem como dificultar o seu acesso. A reforma pode ser considerada nesse sentido um retrocesso, visto que, o novo dispositivo veda que mulheres gestantes laborem em condições insalubres em grau máximo. No regramento anterior, a vedação era estendida a qualquer grau de insalubridade e incluía mulheres lactantes. Com a reforma, a lactante

apenas terá direito ao afastamento da função insalubre caso apresente atestado médico.

Tais observações apontam que com o advento da referida reforma, os direitos femininos foram prejudicados, pois agora o labor de tais trabalhadoras em locais insalubres pode colocar tanto a mulher quanto o bebê em situações de risco, pois dentre os dispositivos alterados, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a gestante/e ou lactante poderá trabalhar em local insalubre de grau mínimo e médio.

Além da referida trabalhista não salvaguardar os direitos das trabalhadoras em geral, diante toda legislação já em voga que garantia os direitos da mulher grávida e/ou lactante, a reforma trabalhista que ocorreu no ano de 2017, suprimiu algum deles. Pode ser considerada dentro desse preâmbulo que a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 é até mesmo inconstitucional, pois a maternidade recebeu regulamentação especial através da Carta Magna de 1988, autorizando condutas e vantagens à mulher que esteja vivenciando a situação de gestação e recém parto, bem como amamentando. Além do mais, a própria Constituição assegura em seu art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Facilmente se conclui diante o exposto que mesmo a classe feminina ter lutado pelos seus direitos trabalhistas e ter assegurados no ordenamento pátrio brasileiro, logo se percebe que reforma trabalhista de 2017 não preocupou-se em garantir condições dignas de trabalho para as trabalhadoras gestantes e lactantes.

6. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Angela Maria Carneiro. Gênero no mundo do trabalho. cadernos pagu (51). Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2017.

BRASIL ECONÔMICO. **Reforma trabalhista entra em vigor sábado; veja o que muda na CLT.** Disponível: <http://economia.ig.com.br/2017-11-08/reforma-trabalhista-em-vigor.html>. Acesso em 19 abr. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso: em 19 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27 abr. 2018.

BRUSCHINI, Maria Cristina. **Trabalho doméstico: inatividade econômica ou trabalho não remunerado?**. In: ARAÚJO, Clara; PICANÇO, Felícia; SCALON, Celi (org.). *Nova conciliações e antigas tensões? Gênero, família e trabalho em perspectiva comparada*. Bauru, EDUSC, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2017.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2016.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>. Acesso em 15 mai. 2018.

KANDA, Denise. **Reforma Trabalhista: atividades insalubres, gestantes e férias.** Fonte: <http://economia.ig.com.br/2017-08-16/reforma-trabalhista.html>. Acesso em 22 mai. 2018.

LEIRO, Lúcia. **Mulher ainda ganha menos.** Disponível em: <http://midiaemulher.blogspot.com.br/2011/09/mulher-ainda-ganha-menos.html>. Acesso em 19 mai. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 5 ed., 2007.

LEITE, M. P.; ARAÚJO, A. M. C.; LIMA, J. C. **O trabalho na economia solidária**: entre a precariedade e a emancipação. São Paulo: Annablume, 2015.

MAIA, Katy; LIRA, Sachiko Araki. **A mulher no mercado de trabalho**. IPEA (2004). Disponível em: . Acesso em 12 mai. 2018.

MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Continuidade do Contrato de Trabalho**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/continuidade-do-contrato-de-trabalho/952>. Acesso em 28 mai. 2018.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2018.

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

NOTA:

[1] Advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás (2004) e Pós graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil (2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ASSÉDIO MORAL

SABRINA FRANÇA DE LUCENA: Bacharelanda do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A responsabilidade civil surgiu com o objetivo de fazer com que o dano sofrido por alguém fosse reparado por aquele que tenha dado causa ao mesmo. O assédio moral, conhecido também com terror psicológico, é uma forma de lesão psicológica contra determinada pessoa. O assediado poderá buscar no judiciário a satisfação de seus direitos lesados. Poderá então entrar com ação de reparação ou indenização por dano moral ou material. O empregador deverá tomar cuidado com os procedimentos de segurança, de modo que evite ser responsabilizado pelo infortúnio laboral. A partir desse cenário jurídico a problemática da presente pesquisa pode ser representada pelo questionamento: quais as provas necessárias para se determinar a responsabilidade civil por do empregador por dano decorrente de assédio moral no ambiente de trabalho? É necessária a comprovação de culpa? Para responder a problemática proposta foi utilizado método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica em legislação, doutrinas, artigos científicos, jurisprudências pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; Dano moral; Responsabilidade civil.

ABSTRACT: Civil liability arose with the purpose of causing the damage suffered by someone to be repaired by the one who gave cause to it. Bullying, also known as psychological terror, is a form of psychological injury against a particular person. The harassed person may seek in the judiciary the satisfaction of his or her injured rights. You can then file for redress or compensation for moral or material damages. The employer should be careful about safety procedures so that he or she will avoid being held responsible for the work-related misfortune. From this legal scenario the problem of this research can be represented by the question: what is

the evidence necessary to determine the civil liability of the employer for damages resulting from harassment in the workplace? Is it necessary to prove guilty? To answer the problematic proposal, a deductive method was used, based on bibliographical research in legislation, doctrines, scientific articles, relevant jurisprudence.

KEYWORDS: Harassment; Moral damage; Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O assédio, de uma forma geral, consiste em comportamento indesejado por parte do agressor com o fito de ferir a dignidade de outrem. Como exemplos de assédio moral, destacam-se as seguintes ações repetitivas: espalhar rumores maldosos, ou insultar alguém por palavra ou comportamento, tais como em virtude da idade, raça, sexo, deficiência, orientação sexual e religião ou crença; críticas a respeito de alguém para outras pessoas indevidamente; ridicularizar ou humilhar, entre outros.

O assédio moral é considerado uma forma de violência no âmbito moral da vítima, com o fito de afetar a sua psique, sua autoestima entre outros fatores do foro íntimo. Desse modo, o assédio, de uma forma geral. De uma forma geral, as ações ou comentários são considerados humilhantes e degradantes para a vítima.

Ao contrário do que se pensa o agressor não é apenas o chefe. Poderá ser colega ou até funcionários contra o chefe. Assim, como no caso da vítima, qualquer pessoa poderá também ser a agressora. Destaca-se, contudo, que é mais comum que o agressor seja a pessoa hierarquicamente superior, em razão do suposto poder que exerce sobre a vítima, no âmbito laboral.

Assédio moral no trabalho pode levar ao estresse laboral e outros problemas de saúde causando enorme sofrimento para os trabalhadores. Isso é ruim para a força de trabalho e também para a empresa, porque os locais de trabalho mais produtivos são aqueles onde os

trabalhadores estão contentes e motivados. Não é um negócio bom para ninguém.

A Constituição Federal salvaguarda a proteção aos direitos da pessoa humana de forma cristalina em seu artigo 5º. A dignidade da pessoa humana é um pressuposto basilar do texto constitucional, o qual foi promovido a fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado dos valores sociais do trabalho e da cidadania.

Não existe legislação específica sobre o assédio moral, mas a Constituição Federal, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, e no Código Civil, no que se refere à responsabilização, pode-se retirar os pressupostos da ação. O exposto vai ao encontro do que estabelece a Carta Magna.

Assim, conforme o artigo 5º, em seu inciso XXXV, "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por seu turno, no Congresso Nacional tramitam diversos projetos de lei que tem como intuito modificar a legislação brasileira abraçando o tema assédio moral.

O assediado poderá buscar no judiciário a satisfação de seus direitos lesados. Poderá então entrar com ação de dano moral e material. O empregador deverá tomar cuidado com os procedimentos de segurança, de modo que evite ser responsabilizado pelo infortúnio laboral. No entanto, para uma comprovação mais efetiva e um resultado mais propício aos anseios do reclamante, pede a justiça uma gama de provas que nem sempre é possível de serem levantadas, devido à complexidade da manobra executada pelo agressor, que em muitos casos não deixa possibilidade de comprovação por parte da vítima.

2 ASSÉDIO MORAL

2.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

A princípio, para melhor compreensão do tema, necessário se faz conceituar o assédio moral. O enfoque conceitual não pode estar, contudo,

adstrito às ciências jurídicas, haja vista os aspectos psicológicos e sociológicos que circundam a matéria.

Para Marie-France Hirigoyen (2014, p. 65), assédio moral nas relações de trabalho consiste em toda e qualquer conduta abusiva, traduzida em ações, palavras, posturas, gestos ou escritos, os quais poderão trazer danos à personalidade, dignidade ou integridade física ou psicológica daquele que é assediado.

Marques Junior (2015, p. 26) defende que o assédio moral é uma das espécies do dano moral:

O assédio moral é uma das espécies do gênero dano moral, por ser uma das várias formas de discriminação existentes, cujas principais características são o dolo por parte do agente e o fato de ser um processo, uma sequência de atos que aniquilam a vítima psicologicamente. Ademais, conclui-se, também que a reparação do dano se dará por intermédio de uma qualificação subjetiva do quantum debeatur, pois não há prejuízos quantificáveis. (MARQUES JÚNIOR, 2015, p. 26)

O assédio moral é considerado uma forma de violência no âmbito moral da vítima, com o fito de afetar a sua psique, sua autoestima entre outros fatores do foro íntimo. Desse modo, o assédio, de uma forma geral, consiste em comportamento indesejado por parte do agressor com o fito de ferir a dignidade de outra (s) pessoa(s) no ambiente laboral.

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt (2016, p. 142) observa que:

Existem várias definições que variam segundo o enfoque desejado (médico, psicológico ou jurídico). Juridicamente, pode ser considerado como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, não- sexual e não-racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de

boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento. [...] o assédio pode ser visto também pelo ângulo do abuso de direito do empregador de exercer seu poder diretivo ou disciplinar

Assim, conforme realçado, o assédio moral poderá ter definições distintas, conforme o enfoque a ser adotado por aquele que se debruça sobre o tema. Contudo, de uma forma geral, as intimidações, humilhações e isolamento são considerados atos e assédio no âmbito moral.

Margarida Barreto (2008, p. 34), por seu turno, ensina que:

O assédio moral pode ser definido como a exposição de trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes durante o exercício de sua função, de forma repetitiva e prolongada ao longo da jornada de trabalho. É uma atitude desumana, violenta e sem ética nas relações de trabalho, que afeta a dignidade, a identidade e viola os direitos fundamentais dos indivíduos. No Brasil, o termo 'assédio moral' veio na esteira do 'assédio sexual', até porque o verbo assediar tem, segundo o dicionário Aurélio, o significado bem específico de "colocar o outro num cerco, não dar trégua e humilhar até quebrar a sua força, quebrar sua vontade.

Desse modo, o assédio moral pode ser caracterizado como um comportamento ofensivo, intimidatório, malicioso ou insultuoso, um abuso ou desvio de poder através de meios destinados a prejudicar, humilhar, denegrir ou prejudicar o destinatário. Poderá ser também contra um ou mais vítimas. Pode ser descarado, quando ocorre de forma explícita, ou pode ser velado, de modo que dificilmente é observado por terceiros.

A juíza do trabalho, Márcia Tomas Guedes (2015, p. 32), explica que:

No mundo do trabalho, o assédio moral significa todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes,

gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.

O assédio moral, partindo do exposto acima, poderá ser de forma omissiva, através da omissão, ou comissiva, por intermédio da ação do assediador ou da empresa. As condutas abusivas, tais como gestos, palavras ou insinuações são considerados elementos do assédio moral.

Heinz Leymann(2016, p. 32), de igual modo:

Assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega (s) desenvolve (m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

Assim, o assédio moral, conhecido também com terror psicológico, é uma forma de agressão de cunho psicológico, que atenta contra a dignidade psíquica do ser, por meio das mais várias ações, compreendendo gestos, palavras e atitudes, que humilham, degradam e atingem constantemente a vítima, com o fito de desestabilizá-la, isolá-la ou a afastar de seu ambiente laboral. (CARDOZO FILHO, 2016, p. 59).

Desse modo, pode-se sintetizar que o assédio moral comporta ações comissivas ou omissivas referentes à abusos de superior hierárquico ou colegas em ostensiva perseguição contra determinada pessoa. A hostilidade com que as vítimas são tratadas, bem como a duração dos comportamentos de despeito são comuns no assédio moral.

Vale destacar que nem todas as condutas abusivas por parte do agente poderão ser consideradas comoções de assédio moral. Isso se deve

ao fato de que no dia a dia laboral, certas imposições se fazem em virtude de outras circunstâncias, tais como cumprimento de metas ou da própria extenuante rotina de serviço. A esse respeito, Márcia Novais Guedes (2015, p. 45) explica:

Não é, porém, toda agressão à intimidade do trabalhador que pode ser definida como *assédio moral*. É preciso, portanto, distinguir o que *é e o que não é assédio moral*. A violação da intimidade, particularmente verificada na revista pessoal, ainda não é *assédio moral*. O sujeito perverso, todavia, pode empregar diversos expedientes, inclusive a revista, para ferir sistematicamente a dignidade da pessoa escolhida para ser assediada moralmente.

A maldade, o gosto em ver o sofrimento de outrem, de algumas pessoas, por si, não poderá ensejar em assédio moral, uma vez que nem toda torpeza constitui nessa infligi mentodo bem-estar de outrem. “No entanto, algumas das violações aos direitos do trabalhador poderão configurar em outro ilícito, podendo ser penal ou até mesmo civil” (CARDOSO FILHO, 2016)

Marie-France Hirigoyen (2014, p. 98), destaca que a própria organização empresarial poderá ser a assediadora:

A própria empresa pode tornar-se um sistema perverso quando o fim justifica os meios e ela se presta a tudo, inclusive a destruir indivíduos, se assim vier a atingir os seus objetivos. Neste caso, é no nível da organização do trabalho que, por um processo perverso, a mentira serve como desenvolvimento da empresa. Em um sistema econômico competitivo, inúmeros dirigentes só conseguem enfrentar essa competição e manter-se com um sistema de defesa destruidor, recusando-se a levar em conta os elementos humanos, fugindo de suas responsabilidades e chefiando por meio da mentira e

do medo. Os procedimentos perversos de um indivíduo podem, então, ser utilizados deliberadamente por uma empresa que espere deles tirar um melhor rendimento.

Por essa abordagem sistêmica, nota-se que o assédio moral muitas vezes é estimulado, ou aceito, pelas empresas, de modo que a sensação de insegurança do trabalhador assediado aumenta. Assim, entre os pressupostos, pode observar que a exigência da empresa em resultados, em suma: lucros faz com que atrocidades laborais sejam perpetradas, por intermédio do assédio.

Na modernidade, nota-se que há dificuldade em se qualificar com segurança se certas posturas no ambiente laboral configuram assédio moral, isso devido ao fato da rotina laboral ser cada vez mais exigente, por intermédio de metas rigorosas, cobranças excessivas das chefias e expectativa em resultados por parte da empresa.

Assim, a perversidade, per si, de determinada pessoa, normalmente em cargo de chefia ou direção, não pode ser configura como assédio oral. Violações esporádicas a direitos do trabalhador, mesmo que configure em outro ilícito jurídico, não podem acarretar em assédio moral.

Contudo, entre os pressupostos do assédio se destacam a conduta abusiva por parte do assediador, a natureza psicológica da violência, a constante repetição das ações e a intenção de excluir a vítima do local de trabalho (CARDOSO FILHO, 2016).

A forma dissimulada, por vezes, é a mais difícil de provar, visto que apenas o assediado vê o assédio. É, contudo, a mais comum, visto que o agressor age, na maioria dos casos, escondido. As calúnias, difamações e outros impropérios são utilizados também na forma dissimulada, visto que o agressor faz circular boatos sem transparecer ser a origem dos mesmos.

Por essa abordagem sistêmica, nota-se que o assédio moral muitas vezes é estimulado, ou aceito, pelas empresas, de modo que a sensação de insegurança do trabalhador assediado aumenta. Assim, entre os pressupostos, pode observar que a exigência da empresa em resultados,

em suma: lucros faz com que atrocidades laborais sejam perpetradas, por intermédio do assédio.

2.2 VÍTIMA

Geralmente, não existe um perfil determinado para as vítimas de assédio moral. No entanto, em razão de preconceito por parte do agente agressor, seja de ordem financeira, religiosa, racial, entre outras, o assédio moral poderá ser configurado.

Os empregados, para o autor, poderão ser vítimas por dois motivos basilares: em razão da fragilidade ou em razão do trabalho exercido pelo agredido, que poderá incomodar o agressor. As vítimas também podem ser assediadas em razão do fato de adoecerem mais facilmente, fator que agrada ao agressor. Conforme o mencionado autor (2015, p. 29):

A vítima, no ambiente de trabalho, não se revela um empregado desidioso, relapso ou negligente. Ao contrário, normalmente ela é uma pessoa responsável, que desempenha suas tarefas de uma forma bastante a contento, nos prazos estabelecidos. Essa pessoa se tornou vítima, não em decorrência de seu desempenho profissional, mas principalmente porque é bem-educada, ingênua, insegura e, em razão disto, não consegue defender-se das agressões. Nesse sentido, ela se torna vítima por vários motivos. Porque sua situação de trabalho incomoda demasiadamente o agressor e, porquanto é pessoa psicologicamente frágil e, em razão disso, encontra muita dificuldade em revidar as agressões. (MARQUES JÚNIOR, 2015. p. 29)

Nota-se que a vítima na maioria dos casos, é um funcionário esforçado e competente, o que poderá caracterizar certa rivalidade com o agressor. Os motivos, nesses casos, estariam relacionados com uma suposta inveja ou ciúme do agressor em relação à vítima, a qual pode ser vista como uma ameaça. Hirigoyen (2014, p. 47-48), por sua vez, elucida:

Há certos tipos de empregados que, devido à sua personalidade ou atividade no grupo de trabalho, tornam-se presas fáceis para se transformarem em vítimas do assédio moral, e.g: o que resiste à padronização, normalmente não possui jogo de cintura, tenta impor e prevalecer seu ponto e valores em detrimento dos interesses do empregador; pessoas atípicas que não se adaptam às diferenças dos outros e criam dificuldades de relacionamento interpessoal. Outros dois tipos de empregados que também são visados pelo assediante são os que exercem posição de liderança, como o representante síndica, e os empregados com mais de 49/45 anos, posto que são tidos como menos produtivos e com dificuldades de ajustamento e adaptação às mudanças e reestruturações, ou até mesmo por possuírem alto salários, enquanto podem ser substituídos por mão-de-obra barata e jovem.

Igualmente, o trabalhador por não ter a perspicácia necessária para evitar esse tipo de situação bem como em razão de sua personalidade poderá ser vítima. Poderá também alguém que tenha resistência aos padrões estabelecidos pela organização ou que tenta impor à sua maneira de pensar. Em suma: o assédio moral poderá ser uma reação desproporcional a essas situações.

No caso das vítimas que desempenhem certa liderança sobre os demais, o assédio poderá ocorrer em razão do temor do agressor. Assim, para evitar aumentar a liderança de sua vítima, como na busca de se afirmar como o chefe, o assediador poderá utilizar da perseguição, violência psicológica entre outros pressupostos do assédio moral.

2.3 DO ASSEDIADOR

Ao contrário do que se pensa o agressor não é apenas o chefe. Poderá ser colega ou até funcionários contra o chefe. Assim, como no caso da vítima, qualquer pessoa poderá também ser agressor. Destaca-se, contudo,

que é mais comum que o agressor seja a pessoa hierarquicamente superior, em razão do suposto poder que exerce sobre a vítima, no âmbito laboral. Para Fernando Antônio Marques Junior (2015, p. 26), o assédio ascendente, praticado por funcionários contra o chefe:

O agressor é movido pela inveja. Seu objetivo é ter a mesma vida que a vítima [no caso o chefe] e, para alcançar esse objetivo, ele não poupa esforços." Ao explicar o assédio moral horizontal, praticado entre colegas, o autor disserta que: [...] "o agressor pode ser movido por vários motivos. Dentre os quais [...] a inveja [...] ressentimentos oriundos de brigas [...] ou mesmo diferenças ocasionadas pela disputa da atenção do empregador.

Na hipótese descendente, praticada pelo chefe contra empregado, segundo o mencionado autor:

O agressor é um narcisista, um megalômano que se acha demasiadamente importante, especial, que tem muita necessidade de ser admirado e possui fantasias em que se vê rodeado de vantagens auferidas em decorrência do sucesso profissional. Acredita-se indispensável [...]

De forma sintética, o agressor poderá ter as seguintes características: masoquismo; agressividade; egocêntrico; incapaz de afirmar sua autoridade de outra forma; narcisista; bajulador; intrometido; arrogante; inseguro, entre outros. Em alguns casos, o agressor poderá ter problemas patológicos graves, o que motiva as suas ações, praticadas sem qualquer margem de remorso.

3 ASPECTOS LEGAIS DO ASSÉDIO MORAL

3.1 PREVISÃO LEGAL

A Constituição Federal salvaguarda a proteção os direitos da pessoa de forma cristalina em seus diversos dispositivos. A dignidade da pessoa é um pressuposto basilar do texto constitucional, o qual foi promovido a fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado dos valores sociais do trabalho e da cidadania. Assim, no artigo primeiro estabelece que:

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:

[...]

II – A cidadania;

III – a dignidade da pessoa;

IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Quanto à dignidade da pessoa, pode-se dizer que consiste em um valor supremo, que atrai todos os direitos fundamentais do ser humano, incluindo a vida e a proteção contra o tratamento dispensado pelo assédio moral. Abriga, assim, uma série de dispositivos constitucionais e legais. (SILVA. 2011. p. 105)

Para garantir a dignidade da pessoa, fundamento magno da Constituição, o texto constitucional, no artigo 5º, estabelece algumas garantias para salvaguardar o citado dispositivo, tais como:

Art. 5º [...]

III – ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante;

V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O artigo 5º estabelece que ninguém poderá ser torturado ou submetido a tratamento desumano, bem como indenização por dano moral e garante a proteção à honra e imagem das pessoas garantido às mesmas a salvaguarda da proteção da responsabilização civil, em desfavor de quem causou o dano. Esses dispositivos protegem, de forma mais específica, à vítima de assédio moral.

Quanto à honra e imagem das pessoas, protegida constitucionalmente e sujeita a reparação civil, vale destacar que, conforme José Afonso da Silva: "A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É o direito fundamental da pessoa resguardaressas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade." (SILVA. 2011. p. 209)

O Código Civil, no entanto, com o fito de regulamentar a responsabilização civil daquele que pratica dano material ou moral, proporcionado pelo assédio moral por exemplo, estatui, no seu artigo 186 que: "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Assim, havendo dano, deverá haver responsabilidade, nos termos da lei civil.

3.2 A INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E OS PROJETOS DE LEI

Não existe legislação específica sobre o assédio moral, mas da Constituição Federal, no que tange aos seus princípios, e no Código Civil, no que se refere à responsabilização civil, pode-se retirar os pressupostos da ação. O exposto vai ao encontro do que estabelece a Carta Magna. Assim, conforme o Artigo 5º, em seu inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse princípio consiste na inafastabilidade do Poder Judiciário, o qual deverá apreciar as ações que envolvam assédio moral, entre outras. Conforme Alexandre de Moraes (2013, p. 72):

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça [...]. Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício de sua jurisdição deverá aplicar o direito ao caso concreto. [...] [assim] o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça de direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei que a outorgue.

Logo, mesmo que não haja uma lei específica que regulamente o assédio moral, o judiciário não poderá se afastar de apreciar lesão ou ameaça de direito em razão do princípio em tela. É notório que o assédio moral prejudica a moral, autoestima e saúde do trabalhador, afetando seus direitos constitucionais. Logo, o mesmo tem o direito de pleitear ação de reparação civil no âmbito judicial.

No entanto, Marie France Hirigoyen (2014) afirma que não é fácil a tarefa de quem pretende recorrer ao judiciário, visto que a aceitação de suas alegações está condicionada ao temor que o magistrado tem em fazer um julgamento errôneo, devido ao engodo do agressor e visto a pouca autoridade no tema, fato que assédio moral ainda é tema de estudo até mesmo para o judiciário, visto que: “Os juízes mostram-se muito desconfiados [...]. Temem que eles mesmos possam ser manipulados e, com uma preocupação de conciliação qualquer preço, protegem-se dos dois lados, dando lugar a mediações [...] tardias. (HIRIGOYEN, 2014. p..223). Os meios de prova são primordiais para que o magistrado se convença do assédio moral e aplique o direito.

As informações e estudos sobre assédio moral são recentes. Nos últimos cinco anos, segundo Fernando Antônio Marques Jr. (2015) o debate a respeito de assédio moral teve maior expansão, período onde surgiram jurisprudências a respeito. Contudo, neste período, não houve nenhuma lei federal.

Entretanto, no Congresso Nacional tramitam projetos de lei que tem como intuito modificar a legislação brasileira abraçando o tema assédio moral, entre os quais o Projeto de Lei n.2.593/2003, que dispõe sobre a proibição da prática de assédio moral nas relações trabalhistas da seguinte forma:

ART.483. (...)

(h) Praticar o empregador ou permitir aos seus prepostos, o assédio moral contra ele, através de gesto palavra, que venha a atingir a autoestima e a segurança da pessoa, fazendo-a duvidar de sua competência e capacidade laboral, prejudicando sua saúde, implicando em dano ao ambiente de trabalho, a evolução da carreira profissional ou a estabilidade do vínculo empregatício do empregado;

i) na caracterização do assédio moral do trabalhador, poderá o empregado pleitear rescisão de seu contrato e pagamento das respectivas verbas indenizatórias;

(j) para os casos em que se caracterize o assédio moral por razão de gênero, raça ou etnia bem como por idade, poderá o empregado ou empregado pleitear recebimento em dobro das parcelas rescisórias a que fizer jus (BRASIL, 2003).

No entanto enquanto não for aprovado o projeto de lei, resta recorrer à jurisprudência. Assim, quanto às jurisprudências, o Poder Judiciário tem um posicionamento acolhedor, promovendo a condenação de empresas ao pagamento de indenizações.

Um outro órgão que poderá desempenhar atribuições no âmbito de proteção ao assédio moral é o Ministério Público do Trabalho, com atribuições que lhe foram aferidas pela Carta Magna de 1988. Desde então, o *Parquet* vem zelando pelo cumprimento e respeito dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, como preceitua o artigo 127, caput, da Constituição de 1988, o qual estatui que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis. "

Então, considerando que o assédio moral é um ato nefasto para a saúde e dignidade do trabalhador, a acolhida do Ministério Público quanto a denúncias deste crime é legítima e se faz necessária. Assim, vem este órgão promovendo inúmeras ações pelo Brasil todo, medidas exemplares são aplicadas tentando conter novas agressões contra trabalhadores, um exemplo é caso ocorrido no Rio Grande do Sul, onde o Ministério Público do Trabalho (2012, p. 3) autuou o cartório de ofício daquela cidade a assinar termo de conduta, como traz a matéria postada pelo site daquele órgão:

O Ministério Público do Trabalho firmou termo de justa de conduta com o ofício de Registro de Imóveis de São Leopoldo, onde o Ofício se comprometeu no

acordo a impedir que seus empregados sejam submetidos a situações que caracterizem assédio moral ou sexual ou qualquer tipo de constrangimento (humilhações, intimidações, ameaças, etc.) no ambiente de trabalho por meio de seus superiores. Além disso, ficou acordado que o Ofício deverá assegurar a todos os trabalhadores tratamento digno e respeitoso no ambiente de trabalho, não adotando ou permitindo que tenham alguma atitude discriminatória em relação a qualquer pessoa. Por fim, o Ofício foi condenado a disponibilizar aos empregados que prestem serviço ou que já prestaram no ano de 2008, acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, conforme a necessidade de cada trabalhador, sob pena de multa de R\$ 50, 000 (cinquenta mil reais) por trabalhador que não receber apoio psicológico ou psiquiátrico quando solicitado. E ainda, o Ofício deverá promover diversas ações de conscientização, tais como realização anual de palestras sobre o assédio moral, entre outras.

Nota-se que o Ministério Público do trabalho, no desempenho de seus misteres, poderá firmar termo de ajustamento de conduta com a empresa no sentido de que esta evite situações de assédio moral. Em caso de descumprimento poderá caber ação judicial e multa, visto a natureza desse tipo de acordo.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DE ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE TRABALHO

Como já explorado anteriormente, a legislação brasileira atual não dispõe de normas específicas relacionadas ao combate do assédio moral no ambiente de trabalho, o que temos, são somente projetos de lei tramitando nas esferas, municipais, estaduais e federais. Como por exemplo, o projeto de Lei nº 276/2007 do deputado Léo Alcântara, que propõe alteração do texto dado ao artigo 953, CC para a seguinte: "A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação dos danos materiais e morais

que delas resulte ao ofendido”, inserindo assim no rol indenizatório o dano moral e material causado a vítima.

Cumpra observar o que diz Gonçalves (2015, p.44):

O parágrafo único do mencionado artigo 953 concede ao juiz o poder discricionário de decidir por equidade e de encontrar a medida adequada a cada caso, ao abrigar o dano moral. Tal disciplina mostra-se bem melhor do que a do parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916, que prefixava o quantum do dano moral com base no valor da multa prevista no Código Penal para os crimes de calúnia, difamação e injúria.

O dispositivo regulamenta que uma vez ferida a honra, este um dos direitos de personalidade, nasce à obrigação de reparar o dano ao ofendido; seja ele moral ou material cumulativamente, desde que decorrentes do mesmo fato, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, súmula 37. (DINIZ, 2017).

Também, a Carta Magna através do artigo 5º, incisos, V e X, assegura o direito a indenização por danos morais e materiais, derivados de ofensa à honra, conforme texto constitucional a saber:

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: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Convém destacar, como forma de complemento ao presente trabalho, a eficiência com que tem tratado a justiça o tema assédio moral. São decisões de importante relevância jurisprudencial, que vem permitindo ao magistrado o reconhecimento não somente do dano, mas também quanto aos sujeitos e demais critérios relacionados à prática do assédio moral.

No Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, a 1ª Turma, tendo como Relatora a desembargadora Flávia Simões Falcão e a Revisora desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, julgando em 17 de dezembro de 2012 o recurso ordinário nº 2074201110310004 – DF 02074-2011-103-10-00-4 RO, decidiram:

RECURSO. RAZÕES. AUSÊNCIA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. VERBETE Nº 4 DESTA TURMA. SÚMULA 422/TST. É ônus da parte proceder ao ataque dos fundamentos que compõem o universo das razões que sustentam a decisão proferida na Origem. A observância de tal requisito de admissibilidade repousa na necessidade de a Corte ter em mãos todos os elementos que possam gerar, se for o caso, a reforma do julgado. ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. A prova oral não é essencial ao deslinde da controvérsia quando, em defesa, a Reclamada deixa de refutar especificamente os fatos narrados na exordial, o que atrai o disposto nos arts. 302 e 334 do CPC c/c o art. 769 da CLT, presumindo-se verdadeiras as alegações obreiras, salvo prova em contrário a ser produzida pela parte adversa. ASSÉDIO MORAL Na inicial, alegou o Autor que sofreu danos morais decorrentes de assédio moral em virtude de procedimento administrativo para apuração de desaparecimento de processos de compras dos anos de 1992 e 1993. [...] A Recorrente sequer rebateu, por exemplo, as seguintes assertivas centrais lançadas pelo Autor e que

embasam o pleito compensatório: que ele era motivo de piadas e insinuações decorrentes da destruição dos documentos das compras; que após o término do procedimento administrativo para averiguação do sumiço dos documentos de compra dos anos de 1993 e 1994, o Recorrido foi discriminado e perseguido, nunca mais tendo sido indicado para assumir cargos de chefia; que a Reclamada o expunha a grande sobrecarga de trabalho e que não mais lhe oportunizou cursos de treinamento. Sabe-se que é vedada no sistema processual a contestação genérica, privilegiando-se o princípio do ônus da impugnação especificada, segundo o qual compete ao Réu impugnar um a um os fatos articulados na petição inicial, o que, como já referido, não foi observado no caso concreto. Assim, a Reclamada atraiu para si o ônus de desconstituir a presunção relativa de veracidade das alegações obreiras e dele não se desincumbiu, visto que não produziu nenhuma prova nesse sentido. Oportuno ressaltar que, conforme se infere da inicial, a prática das atitudes patronais é repetitiva e prolongada e não isoladas, como aliás, é típico das condutas assediadoras e por isso não há de se falar em prescrição da pretensão obreira. Dessa forma, por restar configurada a prática abusiva e ofensiva à honra e à dignidade do Autor, mantenho a sentença, que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais decorrentes do assédio moral. (TRT-10 - RO: 2074201110310004 DF 02074-2011-103-10-00-4 RO, Relator: Desembargadora Flávia Simões Falcão, Data de Julgamento: 17/10/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 26/10/2012 no DEJT)

Acertada foi a decisão proferida pelo TRT 10ª região, de relatoria da desembargadora Flávia Simões, que bem salientou a conduta culposa da ré, quando a mesma agiu em violação profunda ao atingir a honra e a

dignidade do autor ao prosseguir-lo impossibilitando que desempenhasse suas funções mesmo havendo provado sua inocência perante fato ocorrido. Prática fiel de assédio moral.

Por fim, importante salientar que apesar de não existirem normativas acerca do assédio moral, a legislação e os meios cabíveis a justiça já mantém um olhar firme quanto ao tema, condenando a indenizar e ressarcir as vítimas de tal prática.

4.1 DANOS MORAIS

Dano moral, decorrente do assédio moral, ao lado do estético e material poderá ser alegado pelo demandante em juízo. É de ordem interna, psíquica, moral, referente à honra, tranquilidade, bem-estar, entre outros. Venosa (2012, p.280) conceitua que o: "Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade. "

O dano moral de divulgações malélicas contra o funcionário, perseguições, humilhações e outras formas de assédio, fere o psíquico, a moral, a estima, e outras questões intrínsecas ao foro íntimo da pessoa. É no dano moral que a situação, quanto à indenização, fica difícil por vezes de mensurar, haja vista ser um dano não visto e não palpável.

De igual modo, Cahali (2016, p. 20) destaca:

É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, entre outros.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, entre outros.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, entre outros.) e dano moral puro (dor, tristeza, entre outros.).

Conforme consignado, o dano moral, muitas vezes decorrente de um dano físico, poderá afetar a paz de espírito da vítima, por diversos fatores, ligados direta ou indiretamente ao dano sofrido. Bittar (2016, p. 31) por sua vez, conceitua os danos morais como: “turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.” O dano moral causa problemas no âmbito emocional, seja angústia, depressão, estresse, baixo auto estima, entre outras emoções negativas explicadas pela psicologia. Em virtude desse dano íntimo, o dano moral deverá ser indenizado.

O juiz André Gustavo. de Andrade (2011, p. 3), exemplifica as seguintes situações como decorrentes de dano moral, o que demonstra a magnitude do instituto em tela, e sua incidência nos diversos tipos de danos existentes:

As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem mais do que a consequência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentados por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são, como observa Eduardo Zannoni, “estados de espírito de algum modo contingentes e variáveis em cada caso e que cada qual sente ou experimenta a seu modo.

Assim, a morte de alguém, o dano estético, a invasão de privacidade, entre outras questões repercutirão na esfera psíquica o que poderá incidir em Responsabilidade Civil por dano moral, sem prejuízo dos demais danos.

Maria Helena Diniz destaca que (2017, p. 11):

O dano moral vem a ser a lesão a interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada por ato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em

seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se a natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito extrapatrimonial, como por exemplo, direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento, entre outros.

O dano moral, por si, não possui natureza patrimonial, mas pode decorrer de lesão ao patrimônio. A repercussão deverá ser considerada na análise do dano moral, tendo em vista que sem prejuízos de ordem interna ou externa, ou ausência de qualquer tipo de lesão, não poderá se falar no instituto em tela. Deverá haver o dano, seja intrínseco ou extrínseco, para responsabilização civil.

Cavaliere Filho (2014, p. 3) o dano “moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, podendo haver ofensa à dignidade da pessoa sem dor, vexame ou sofrimento, assim como pode haver dor, sofrimento e humilhação sem violação da dignidade”.

Assim, de ordem interna, mas nem sempre psíquica, o dano moral poderá ser alegado e reparado, tendo em vista a proteção constitucional da dignidade da pessoa, princípio que não olvida aos aspectos intrínsecos do ser. Nesses casos, a parte deverá demonstrar a perda do bem, patrimônio, valor financeiro ou outra coisa que porventura tenha sido atingida pelo dano. Na esfera moral, por outro ângulo, resta como mais difícil, haja vista a impossibilidade de se mensurar com exatidão e se reparar igualmente um dano de cunho psíquico. Afinal, a dor psíquica e o ferimento da moral não são facilmente indenizáveis.

Assim, indaga-se, como mensurar no âmbito do dano moral, o quantum a ser recebido pelo dano decorrente da prisão ilegal. Ressalta-se que esse fato poderá acarretar na desobediência de vários pressupostos e princípios constitucionais e processuais. O dano é inquestionável nesses casos. O que se busca saber é qual o valor adequado para fazer com que a vítima seja ao menos reparada.

No que tange ao dano moral, o constrangimento e humilhações sofridas pela vítima deverá ser relevado no estabelecimento do quantum. O juiz, cada qual a seu modo, deverá traçar pressupostos fundamentados para a escolha da dosagem do valor indenizatório. Não existem critérios objetivos para a avaliação do quantum indenizatório concernente ao dano moral. A jurisprudência também poderá ser utilizada pelo magistrado, quando este estabelecer o quantum indenizatório.

De acordo com Jeová dos Santos (2015, p. 191):

Ante a repulsada indenização tarifada, o Poder Judiciário poderá se utilizar de todas as vantagens que o computador oferece e estabelecer um banco de dados contendo o quantum da indenização. Estabelecendo comparação diante de caso similar, poderá o juiz valer-se do que foi decidido pelo Tribunal, para calibrar o montante da indenização. Essa forma de ver a quantificação do dano moral, impedirá a loteria jurídica a que as vítimas se submetem. A harmonização de cifras em casos similares, ou gradação (para mais ou para menos), diante do que o Tribunal já consolidou, será fonte de afastamento destes temores e o fim da loteria jurídica. Não poderá o juiz, nem o advogado, abrir mão da saneadora atividade jurisprudencial. Consolidada a indenização em um determinado valor, nada impede que esse montante seja utilizado em casos parelhos, como bússola na definição do dano moral. Assim, haverá muito menos sentenças díspares e mais objetividade na mensuração, contribuindo para

dar maior segurança jurídica aos partícipes do drama judiciário.

A jurisprudência poderá ser um suporte inestimável ao estabelecimento do *quantum* indenizatório. O magistrado poderá, na omissão da lei, observar os parâmetros observados e seguidos pela jurisprudência dominante com o fulcro de se evitar a distorção entre decisões de igual teor. Essa observância é fundamental para ser estabelecida uma simetria das decisões judiciais. Essa ação poderá evitar a “loteria de ações”, a qual é incompatível com o princípio da igualdade.

Dessa forma, se mostra impossível mensurar matematicamente o dano sofrido por alguém que tenha sido vítima de assédio moral, no que tange aos danos morais sofridos. O magistrado, desse modo, deverá, ao seu modo, estabelecer critérios objetivos e lógicos para a dosagem do *quantum* indenizatório.

Não é mediante um cálculo aritmético de que vai quantificar a fixação do dano moral. Como não existem critérios legais, a indenização deverá ficar ao arbítrio do órgão julgador o qual, conforme as circunstâncias do caso concreto. A intensidade da culpa e os fatores envolvidos no assédio moral, além dos aspectos inerentes ao dano sofrido pela vítima deverão ser levados em conta. Nesse caso, o juiz deverá levar em consideração a capacidade do empregador em arcar com a indenização. Caso contrário elaborará uma sentença inócua e impraticável pelo Poder Público. É necessário bom senso na dosagem da pena, com o fulcro de se evitar o enriquecimento ilícito.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ASSÉDIO MORAL E A IMPORTANCIA DA PROVA NO SISTEMA JUDICIÁRIO

Para uma comprovação mais efetiva e um resultado mais propício aos anseios do reclamante, pede a justiça uma gama de provas que nem sempre é possível de serem levantadas, devido à complexidade da manobra executada pelo agressor, que em muitos casos não deixa possibilidade de comprovação por parte da vítima. Assim, questiona-se como é possível produzir provas para eventual ação judicial.

Esta pergunta vem sendo feita por muitas vítimas de assédio moral nos últimos anos. O que para a justiça seria o mesmo que ter a obrigação de fazer sem os meios propícios para isto, no que entende Jorge Luiz de Oliveira da Silva, a tese de que se deve provocar o judiciário para posteriormente se calçar de meios legais que sustentem esta pretensão nada mais é que um mero oportunismo de momento. (SILVA,2010, p. 43).

Tendo o trabalhador o interesse de propor reclamação trabalhista, em face de danos causados por assédio moral laboral, deve este indivíduo recorrer aos meios legais e eficazes para o sucesso de sua reclamação, estes meios de comprovação de assédio moral têm em princípio que demonstrar um nexo de causalidade entre o que alega a vítima e os resultados que estes fatos geraram em seu organismo.

É fato notório que as provas são imprescindíveis para garantir o sucesso da reclamação trabalhista. É impossível que se pleiteie o direito, sem o amparo devido da segurança proporcionada pelos meios de prova.

O judiciário evoluiu muito, os juízes e desembargadores ampliaram sua visão a respeito das provas cabíveis em um processo judicial que envolva assédio moral. Hoje, estes magistrados já aceitam gravações de celular, feitas pela própria vítima e mostram um interesse mais profundo em conhecer as diretrizes que tração e norteiam a complexidade dos assuntos que envolvam assédio moral. (SOUZA, 2013).

Neste sentido, reforça-se o entendimento expressando que:

Segundo o magistério jurisprudencial, a gravação de conversas realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange a materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria – HC 41615/MG. HABEAS CORPUS 2005/OO18682-5. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma/STJ. Publicado no DJ em 2.5.2006, p. 346.

Observa-se que a gravação de conversas, desde que não seja por interceptação telefônica poderá consistir em meio de prova de assédio moral.

O ônus da prova em direito do trabalho é regido pelo artigo 818 da CLT, o qual reza que cabe a parte alegante a comprovação dos fatos por ela apresentados. A Consolidação das Leis do Trabalho, conforme Vargas (2011, p. 33):

[...] ao cuidar da distribuição do Ônus da Prova, contém um único artigo, o 818, estabelecendo que a prova das alegações incumba a parte que as fizer. Em função de sua simplicidade, há uma ampla aplicação, pelos operadores jurídicos, do artigo 333 do código de Processo Civil, com base no disposto no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 818 da consolidação das Leis do Trabalho expressa: "A prova das alegações incumbe a parte que as fizer ""O artigo 333 do Código de Processo Civil expressa: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II-ao réu, quanto à existência do fato imperativo, modificativo ou extintivo do direito". O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho expressa "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.

É imprescindível a observância do que regem os artigos ante mencionados, o ônus da prova recai sobre o alegante, sabendo sim que esta passa ter como obrigatório para a aquisição de direito pleiteado a produção de provas. No momento da inicial o reclamante, por direito, pode produzir prova que estabelece o motivo de suas pretensões, sabendo que ao magistrado não é facultado o direito de julgar somente conforme suas convicções, e sim pautado em preceitos éticos e legais. O ônus da prova recai sobre a parte alegante e por este prisma, a vítima de assédio moral se obriga originalmente a produzir provas convincentes com conformidade com a lei. No que diz Daniel

Podemos considerar prova como o meio pelo qual se procura demonstrar que certos fatos, expostos no processo, ocorreram conforme o descrito. Desta forma, ao julgar o mérito de determinada ação, o juiz examina o aspecto legal, ou seja, o direito e o aspecto fático. Assim, a interpretação do direito somente é possível mediante análise de uma situação fática

trazida ao conhecimento do juiz, ficando as partes sujeitas a demonstrar que se encontram em uma posição que permite a aplicação de uma determinada norma, ou seja, autor e réu é que produzem as provas de suas alegações. Vale ressaltar que, na produção de provas, os meios devem ser formalmente corretos, idôneos e adequados; caso contrário, as provas não serão levadas em consideração na apreciação do mérito da ação.

Diante do exposto surgem os seguintes questionamentos: quais seriam as provas cabais para quem anseia reparação por danos morais; e ainda como produzir estas provas a luz da legalidade, levando em conta que este é um momento crucial que precede a lide, o qual mal executado pode inverter o resultado da ação.

Marie France Hirigoyen (2014) afirma que a intervenção da justiça se faz necessária para resolução de conflito, e que um julgamento só se estabelece a partir de provas, por esta percepção o assediado pode até ir a juízo, amparando-se em suas próprias palavras, mas visto que cabe a ele a obrigação de provar as alegações, dando veracidade ao mérito.

Conforme a pesquisadora (2014, p. 189):

Às vezes a crise só pode ser resolvida com a intervenção da justiça. Utilizar esse olhar exterior permite esclarecer as coisas e dizer não. Mas um julgamento só se estabelece a partir de provas. Uma mulher espancada pode fazer ver os vestígios dos golpes: se ela se defende, dirão que estava usando de legítima defesa. Uma mulher humilhada e injuriada dificilmente pode fazer-se ouvir, por não ter provas a apresentar.

A prova testemunhal é a principal que dispõe o trabalhador, mas não a mais confiável, tendo o homem entendimento próprio em face do seu ponto de vista, sua concepção acerca dos fatos sofre com a intervenção do

senso crítico deste, ainda levando em conta que o depoente não é obrigado a dizer toda verdade, e sim a verdade do que souber. Desse modo, as testemunhas preparadas, aquelas que são treinadas para induzir o magistrado a crer em suas palavras, poderão mentir e induzir a uma convicção errada por parte do julgador. Por isso é necessário ter cuidado com a prova testemunhal.

Logo, conforme Luiz Fernando Pereira (2011, p. 44):

É sabido que a maior prova de que dispõe o empregado é a testemunhal. Embora seja um tipo de prova arriscada – afinal de contas o ser humano normalmente inclui a sua própria visão dos fatos ao relatar um acontecimento – muitas vezes é a única disponível. Também é sabido que a testemunha nem sempre age como um anjo da guarda, acompanhando o obreiro durante toda sua jornada de trabalho, ou mesmo estando atento a cada detalhe, por mais insignificante que possa lhe parecer. O que muitas vezes acontece é a exigência de que a testemunha diga aquilo que o julgador quer ouvir ou que esclareça os fatos segundo a ótica da justiça, e não dela própria. Tal comportamento é inaceitável. Primeiro, porque dispõe o juiz dos meios necessários para evitar as testemunhas "preparadas", bem como para coibir aquelas que vão à juízo para faltar com a verdade. As demais devem ser ouvidas de maneira a extrair-se a verdade dos fatos, lembrando que, como o próprio CPC estabelece em seu artigo 415, a testemunha deve prestar o compromisso de dizer a verdade "*daquilo que souber*", não sendo exigível, obviamente, que a testemunha saiba de toda a verdade, ou que conheça todos os fatos que envolvem a lide.

Hoje, o judiciário entende que a comprovação de assédio moral se torna uma tarefa nada fácil ao alegante por se tratar de uma violência sutil.

O o Código de Processo Civil em seu artigo 332 enumera quais formas de prova a justiça acata como tendo valia em uma reclamação, ressaltando que para isto a prova não deve apenas ser legal, mas moralmente aceitável:

Artigo. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Isso ampara o entendimento da magistratura brasileira no que concerne a um novo posicionamento perante o recepcionamento de novas linguagens probatórias em âmbito trabalhista. Conforme Nelson Batista de Sousa, e de acordo com o consignado anteriormente, a justiça entende que meios eletrônicos são eficazes na comprovação judicial, algumas decisões estão sendo tomadas com base em provas eletrônicas "Agora, é a vez de os magistrados terem que lidar com o exame de novos tipos de "provas virtuais" diz Sousa". O fato é que embora a comprovação de assédio moral laboral não seja fácil, conta o agredido hoje com a possibilidade de uma filmagem, vídeos postados na internet poderem ser usados e aceitos formalmente pela justiça.

É considerável a quantidade de ações propostas com matéria pertinente a assédio moral na justiça do trabalho, isto se dá em parte ao oportunismo de grupos criminosos. Também neste entendimento, Carolina de Aguiar Teixeira Mendes (2011, p. 4) reafirma que somente as alegações de nada se valem no intuito de comprovação do assédio moral laboral, e que logo se tenham dado as primeiras investidas do agressor, o vitimado deve impor-se procurando meios para se defender, e que também é muito importante à ajuda de um operador do direito, que melhor orientara a vítima:

Meras alegações de nada valem ao Judiciário. A este interessa somente as provas, cuja coleta pode transforma-se em grande teste de paciência ao assediado. Tão logo a vítima perceba que está sendo assediada moralmente, deve reunir documentos escritos pelo assediador, como *e-mails*, cartas e

bilhetes, além de laudos médicos, cartões de ponto, e quaisquer outros documentos que provem uma perseguição. Gravações das ofensas do malfeitor diretamente à vítima também são possíveis. Outra prova importantíssima são as testemunhas, que podem comprovar gestos, comportamentos e palavras relativas ao assédio. Recomendável também é procurar um advogado para melhor aconselhar-se na questão probatória.

Em razão de eventual má fé por parte de certos litigantes, as alegações de nada valem ao juiz. Assim, a parte deverá provar, por meio permitido em direito, aquilo que esteja alegando. O auxílio de um advogado é primordial para que a parte possa entender quais provas poderão ser cabíveis.

No tocante ao julgamento da lide, o nosso ordenamento jurídico primo pelo conceito do livre convencimento motivado do juiz, o qual não poderá estar adstrito às provas. Assim, cabe ao magistrado, através das provas inclusas nos autos e das alegações das partes, dirimir a contenda e sentenciar conforme o seu entendimento.

Conforme o artigo 131 do código de processo civil Brasileiro: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. ” Ao observar o citado dispositivo, tem-se o entendimento de que o magistrado é pautado no seu senso crítico sobre os fatos narrados e amparado pela apresentação de provas e alegações. Após o magistrado chegará ao seu livre convencimento dando origem a sentença final.

Assim, observa-se que na valoração das provas, o juiz deverá dar mais crédito às provas documentais que às testemunhas, conforme salientado alhures. Nota-se, então, que existe uma subjetiva hierarquia entre as provas de modo tal que o juiz poderá creditar mais em certas provas em detrimento de outras. Cabe à parte fornecer provas robustas para que o magistrado, ao analisá-las, estabeleça uma valoração maior.

5 CONCLUSÃO

O estudo acerca do tema assédio moral no ambiente de trabalho preocupou-se em demonstrar os danos patrimoniais e principalmente morais, causados por essa prática, bem como, a responsabilidade civil imputada ao assediador.

O assédio moral no ambiente de trabalho é a prática de condutas reiteradas onde a vítima é tratada de forma vexatória e humilhante, se trata de uma forma de agressão psíquica, motivada por condutas praticadas somente por empregador ou superior hierárquico da vítima, que anseia em alguns casos lograr-se profissionalmente ou somente para satisfazer desejo de causar danos à vítima.

O assédio moral é uma nefasta consequência da permissão empresarial em lançar em seus quadros pessoas sem o perfil necessário para o trabalho em equipe. Na maioria dos casos, o assédio moral é perpetrado pelo chefe, o qual, muitas vezes, por arrogância e maldade infringe dor aos outros, por intermédio do comportamento ofensivo e desprovido de bom senso.

A vítima poderá ser acometida por diversos problemas comportamentais, psíquicos e físicos, tais como depressão, stress, dores físicas, alcoolismo, baixo astral, entre outros. O comportamento repetitivo do assediante retira ou lesiona direitos previstos na Constituição Federal, tal como o da dignidade, da valorização do trabalho e da proibição do tratamento degradante ou desumano.

No entanto, o direito prevê, por intermédio da robusta legislação processual, administrativa e civilista, o instituto da responsabilidade civil contra a empresa, a qual, desde que comprovado o assédio, deverá arcar com o dano sofrido por intermédio do ônus financeiro.

No entanto, as vítimas em razão ausência de robustas provas e mesmo em razão de, em certos casos, não saberem se o que sofrem consiste em assédio moral se veem sem possibilidades de acesso a justiça. É

natural que a justiça não receba a provação, visto que pouco se sabe sobre assédio moral, apesar dos corredores das empresas serem repletos de fatos exemplos desse tipo de lesão à dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo. **A evolução do conceito de dano moral.** Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/a_evolucao_do_conceito_de_dano_moral.pdf> Acesso em 29 de março de 2018.

BARRETO, Margarida. **Assédio moral: risco não visível no ambiente de trabalho.** São Paulo, Ed USP: 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais.** 2ª ed. São Paulo, RT: 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3ª ed. rev., ampl. e atual. Conforme o código civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARDOSO FILHO, Paulo. **O Assédio moral no ambiente de trabalho.** Atlas, São Paulo: 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6ª ed., SP, Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro vol. 7** São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil volume IV.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho.** 2 ed., LTr, São Paulo: 2015

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral, a violência perversa do cotidiano.** São Paulo: Bertrand Brasil. 2014.

LEYMANN, Heinz. **Assédio moral**. Disponível em nd Brasi>I. Acesso em 23 de março de 2018.

MARQUES JUNIOR, José Antônio. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTR, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO SUL. **MPT Firma termo de ajustamento de conduta com cartórios**. Disponível em <www.mpt4.gov.br> Acesos em 2 de março de 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Luiz Fernando. **Das Provas**. Malheiros, São Paulo: 2011.

SANTOS, Jeová. **Dano moral indenizável**. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Antonio%20Sereniski%20Junior.pdf>> Acesso em 12 de agosto de 2018.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: Juruá, 2016.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. **Assédio moral nas relações de trabalho**. LTR: São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. Malheiros, São Paulo, 2011.

SOUSA, Nelson Batista. **Justiça já aceita provas virtuais**. Disponível em <<http://www.soartigos.com/artigo/1034/JUSTICA-JA-ACEITA-PROVAS-VIRTUAIS/>> Acesso em 7 de agosto de 2018.

TEIXEIRA, Roberto. **Interceptação telefônica**. Acesso em 28 de agosto de 2018.

TRT-10 - **RO: 2074201110310004 DF 02074-2011-103-10-00-4** RO, Relator: Desembargadora Flávia Simões Falcão, Data de Julgamento: 17/10/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 26/10/2012 no DEJT)

VARGAS, Amauri. **Direito do Trabalho**. Casado Editor, Belo Horizonte, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOTAS:

[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. Palmas – TO. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

PSICOPATIA E CRIME: A IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

ALEXANDRE BENÍCIO SANTOS:

Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

(Orientador)

Resumo: A Psicopatia, termo que descreve as pessoas psicopatas, onde também é compreendida como transtorno de personalidade antissocial, e pode ser facilmente detectada quando se analisa o método e as etapas dos crimes cometidos por esses indivíduos. No Brasil, não possui uma lei específica para os casos que envolvem a psicopatia, então, nota-se, o desamparo da legislação pátria para com este caso. Sendo desse modo, aparece o problema de descobrir qual a sanção penal adequada para a pessoa com esse transtorno, os quais surgem as seguintes possibilidades: ou são julgados como imputáveis, onde terão penas privativas de liberdade, ou são considerados semi-imputáveis, onde poderão sofrer uma redução na pena, previsto no art. 26 do Código Penal, ou poderá ser decretada a medida de segurança. O presente artigo aborda sobre a personalidade do psicopata, e tenta abordar um meio para qual seja solucionado o problema que a justiça possui sobre o tema, e tenta encontrar uma punição que melhor surgirá resultados para os psicopatas homicidas, evitando diversas reincidências, podendo então, salvar vidas.

Palavras-chave: Psicopatia; Imputabilidade; Transtorno da personalidade.

Abstract: Psychopathy, a term that describes psychopathic people, where it is also understood as an antisocial personality disorder, and can be easily detected when analyzing the method and stages of the crimes committed by these individuals. In Brazil, it does not have a specific law for cases involving psychopathy, so it is noted, the helplessness of the country's legislation in this case. In this way, the problem arises of discovering the appropriate penal sanction for the person with this disorder, which arise the following possibilities: either they are judged as imputable, where they have

custodial sentences or are considered semi-imputable, where they can suffer a reduction in the penalty, provided for in art. 26 of the Penal Code, or the security measure may be decreed. The present article deals with the personality of the psychopath, and tries to address a means for solving the problem that justice has on the subject, and tries to find a punishment that will better result for the homicidal psychopaths, avoiding several recurrences, Save lifes.

Keyword: Psychopathy; Imputabilidade; Personality transtorn.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A psicopatia. 2.1 Psicopatia: conceito e contexto histórico. 2.2 Características de um psicopata. 3 Crime e culpabilidade. 3.1 teoria do crime. 3.2 Culpabilidade. 4 Psicopatia e crime. 4.1 O impacto do psicopata no âmbito social e penal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1- INTRODUÇÃO

Este artigo tem como enfoque uma análise psicológica da psicopatia, e as suas implicações para o âmbito da imputabilidade penal, tanto no âmbito da análise do criminoso em si, quanto em suas características psicológicas e das circunstâncias em que o fato típico foi cometido.

Nesta perspectiva, pretende-se analisar a relação ao contexto psicológico, o quanto é perceptível que vários distúrbios têm influenciado na atitude e personalidade do indivíduo portador, ensejando inúmeras implicações no âmbito penal brasileiro, qual seja, na aplicação da sanção devida ao indivíduo transgressor. Nesta perspectiva, analisa-se a relação entre a psicopatia em sua influência na personalidade do indivíduo que tenha o distúrbio, impelindo-o ao cometimento de um crime, e quais são as implicações deste distúrbio no delinquente no que tange à definição da culpa criminal bem como na dosimetria da pena no sistema brasileiro.

A compreensão do comportamento dos psicopatas é de suma importância, pois os mesmos não assimilam a punição como deveriam e tampouco se arrependem dos crimes que cometem, motivo pelo qual a

pena ou a medida de segurança não cumprem as suas finalidades, seja qual, a pena ou a medida de segurança podem não cumprir as suas funções, seja no aspecto da prevenção especial positiva, que se volta ao próprio indivíduo delinquente, buscando convencê-lo a não voltar a cometer o delito, quanto da ressocialização do agente, buscando inseri-lo em uma sociedade. O que se percebe, no entanto, de acordo com pesquisas, é a tendência destas pessoas se valerem da dissimulação e da persuasão para enganar operadores do direito e profissionais da saúde mental, mostrando-lhes um falso arrependimento e uma melhora que na realidade não ocorrem.

Dar-se a entender, que os psicopatas são somente aqueles que cometem crimes perplexos, onde a crueldade chama a atenção da sociedade, criando um estereótipo sobre tais pessoas. A psicopatia é algo bem mais do que cometimentos de crimes inescrupulosos. Contudo, os estudos do comportamento de tais pessoas possibilitam a compreensão melhor sobre qual seriam as sanções cabíveis para reprimir tais impulsos.

A questão da psicopatia ainda é um tanto controversa, já que há tempos existe a discussão se tal patologia, enquanto perturbação da personalidade, deve ser considerada como uma categoria diagnóstica nas classificações internacionais ou se os transtornos de personalidade já catalogados dão conta de identificar os sujeitos que apresentam tais distúrbios de conduta. Atualmente, é usada a denominação transtorno antissocial da personalidade.

2 – a PSICOPATIA

2.1- PSICOPATIA: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

A psicopatia é um estado mental patológico caracterizado por desvios, principalmente, de caráter, que desencadeiam comportamentos antissociais. Esse desvio de caráter costuma ir se estruturando desde a infância. Por isso, na maioria das vezes, alguns dos seus sintomas podem ser observados nesta fase e/ou na adolescência, por meio de comportamentos agressivos que, durante estes períodos, são denominados

de transtornos de conduta (KAPLAN; SADOCK; GREBB, 2003). A psicopatia é um transtorno que tende a se cronificar e causar prejuízos na vida do próprio indivíduo e de quem com ele convive e, até mesmo, na sociedade (KAPLAN; SADOCK; GREBB, 2003; OMS, 1993).

Segundo o psiquiatra canadense Robert Hare, uma das maiores autoridades sobre o assunto, os psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. (SILVA, 2014, p.35).

A deficiência deles (e é aí que mora o perigo) está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo. Esses comportamentos desprezíveis são resultados de uma escolha, diga-se de passagem, exercida de forma livre e sem qualquer culpa. (SILVA, 2014, p.35).

[...] exige a constatação de um padrão permanente de experiência interna e de comportamento que se afasta das expectativas da cultura do sujeito, manifestando-se nas áreas cognoscitiva, afetiva, da atividade interpessoal, ou dos impulsos, referido padrão persistente é inflexível, desadaptativo, exibe longa duração de início precoce (adolescência ou início da idade adulta) e ocasiona um mal-estar ou deteriorização funcional em amplas gamas de situações pessoais e sociais do indivíduo. (GOMES; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 284).

De acordo com Silva (2014, p. 12), “É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave”.

Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não “sujarão as mãos de sangue” nem matarão suas

vítimas, Já os últimos botam verdadeiramente a “mão na massa”, com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais. Mas não se iluda! Qualquer que seja o grau de gravidade, todos, invariavelmente, deixam marcas de destruição por onde passam, sem piedade. (SILVA, 2014, p.12).

Daniel Goleman evidencia que os psicopatas são “deslavados mentirosos, prontos a dizer qualquer coisa para conseguir o que querem, e manipulam as emoções das vítimas com o mesmo cinismo. “A violência deles parece ser um ato de terrorismo calculado” (GOLEMAN, 2001, p. 122) e tais indivíduos “não se preocupam com punições futuras pelos atos que praticam, e como eles próprios não sentem medo, não há lugar para a empatia – ou piedade – em relação ao medo e à dor de suas vítimas” (GOLEMAN, 2001, p. 123).

Robert Hare aponta os aspectos marcantes na personalidade psicopática: superficialidade e manipulação das relações, autoestima grandiosa, mentira patológica, falta de remorso, afeto superficial, falta de empatia, não aceitação de responsabilidade pelos próprios atos, impulsividade, parasitismo em relação aos outros, falta de objetivos realistas, problemas de comportamento precoces, delinquência na juventude, versatilidade criminosa e revogação de liberdade condicional.

Devido ao constante comportamento transgressor e antissocial, o psicopata tende a cometer infrações penais.

[...] os psicopatas têm total ciência dos seus atos (...) sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. A deficiência deles (...) está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo. (SILVA, 2010, p. 44).

Para a psiquiatra, “os psicopatas não apenas transgredem as normas sociais como também as ignoram e as consideram meros obstáculos, que devem ser superados na conquista de suas ambições e seus prazeres” (SILVA, 2010, p. 102).

Eles jamais deixarão de apresentar comportamentos antissociais; o que pode mudar é a forma de exercer suas atividades ilegais durante a vida (roubos, golpes, desvio de verba, estupro, sequestro, assassinato etc.). Em outras palavras, a maioria dos psicopatas não é expert numa atividade criminal específica, mas sim ‘passeia’ pelas mais diversas categorias de crimes, o que Hare denomina versatilidade criminal. (SILVA, 2010, p. 102-103).

Por serem pessoas amorais, sem ética, desprovidas de culpa ou remorso e indiferentes diante da emoção alheia, os psicopatas são propensos à reincidência criminal. Ana Beatriz B. Silva informa que “estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (...) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais” (SILVA, 2010, p. 153). A autora afirma que por serem “incapazes de aprender através da experiência”, “são intratáveis sob o ponto de vista da ressocialização” (SILVA, 2010, p. 188).

2.2- CARACTERÍSTICAS DE UM PSICOPATA

As características que compõe detalhadamente o perfil psicopata foram citadas por Cleckley (1988) em sua obra clássica *The mask of sanity*. Dentre estas, estão: charme superficial, boa inteligência, ausência de delírios e de outros sinais de pensamento irracional, ausência de nervosismo e de manifestações psiconeuróticas, falta de confiabilidade, deslealdade ou falta de sinceridade, falta de remorso ou pudor e tentativas de suicídio. Comportamento antissocial inadequadamente motivado, capacidades de *insight*, julgamento fraco, incapacidade de aprender com a experiência, egocentrismo patológico, incapacidade de sentir amor ou afeição, vida sexual impessoal ou pobremente integrada e incapacidade de seguir algum plano de vida também fazem parte dessas características. E ainda: escassez de relações afetivas importantes, comportamento inconveniente ou extravagante após a ingestão de bebidas alcoólicas, ou mesmo sem o uso destas, e insensibilidade geral a relacionamentos.

A impulsividade, uma característica importante também presente nos psicopatas, é uma tendência à não inibição de comportamentos de risco, mal adaptados, mal planejados e que são precocemente executados. Ela pode ser hereditária, um traço da personalidade ou, até mesmo, pode ser adquirida por lesão no sistema nervoso central (SNC). Os comportamentos mais comuns, nestes casos, vão desde a incapacidade de planejar o futuro até a ocorrência de atos violentos ou agressivos (DEL-BEN, 2005).

Tendo em vista a enorme dificuldade de se adaptar conforme os preceitos e normas que a sociedade impõe, o psicopata busca então esse meio para sentir-se bem, agindo por meio de impulsos e sem importar-se com as consequências trazidas por estes atos impensáveis.

3 – CRIME E CULPABILIDADE

3.1- TEORIA DO CRIME

Para o jurista, “o crime pode ser conceituado em sob os aspectos material e formal ou analítico”. (CAPEZ, 2011, e-book).

Aspecto material: é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime

sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana.

Aspecto analítico: é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito. (CAPEZ, 2011, e-book, grifamos).

CAPEZ ainda cita a cita a concepção bipartida, “a culpabilidade não integra o conceito de crime” (CAPEZ, 2011, e-book).

No Brasil, o conceito legal de crime é encontrado no art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal, considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

3.2- CULPABILIDADE

De início, é importante mencionar o conceito de culpabilidade. Para Júlio Fabrini Mirabete a culpabilidade refere-se à “reprovabilidade da conduta do agente, que praticou um fato típico e ilícito, quando o direito lhe exigia um comportamento diferente daquele praticado ou não”. (MIRABETE, 2010, p.181). Nesta esteira leciona Rogério Greco:

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente, que nas condições se encontrava, podia agir de outro modo. (GRECO, 2010, p.85).

Ainda sob o enfoque da culpabilidade, vale a reprodução da citação de Capez:

quando se diz que "Fulano" foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.(CAPEZ, 2011, e-book).

A culpabilidade, que antes era composta pelo dolo e culpa, passou a se caracterizar por um juízo valorativo, de censura, uma vez que é o ato reprovatorio da conduta ilícita, de quem tem capacidade genérica de entender a ilicitude de seu ato, sendo-lhe exigível comportamento conforme o ordenamento jurídico. A culpabilidade, como juízo de censura, é composta por imputabilidade e consciência potencial da ilicitude.

Para que um indivíduo seja responsabilizado por um fato típico e ilícito, por ele atentado, é preciso que ele seja imputável (GRECO, 2008, p. 395), ou seja, ele deverá ter consciência do delito que está cometendo ou atentando. Imputabilidade é a capacidade de, no âmbito jurídico, ser

consciente pelo fato e sofrer sanção decorrente dessa responsabilidade, registrado isso, cumpre destacar que a legislação brasileira prevê causas de inimputabilidade para aqueles indivíduos que não possuem capacidade psíquica de entender a ilicitude da sua conduta, como os portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, CP), os menores de 18 anos (art. 27, CP) e a embriaguez completa e involuntária (§ 1º, art. 28, CP).

Consciência iminente da ilicitude consiste na noção básica de se saber, potencialmente, o que é contrário ao ordenamento jurídico. É inescusável o desconhecimento formal da lei (art. 21 do CP).

CAPEZ conceitua a imputabilidade como “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Sendo assim, ainda pondera:

O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. (CAPEZ, 2011, e-book).

CAPEZ ainda distingue a imputabilidade da capacidade,

...a capacidade é gênero do qual a imputabilidade é espécie. Com efeito, capacidade é uma expressão muito mais ampla, que compreende não apenas a possibilidade de entendimento e vontade (imputabilidade ou capacidade penal), mas também a aptidão para praticar atos na órbita processual, tais como oferecer queixa e representação, ser interrogado sem assistência de curador etc.

(capacidade processual). A imputabilidade é, portanto, a capacidade na órbita penal. Tanto a capacidade penal (CF, art. 228, e CP, art. 27) quanto à capacidade processual plena são adquiridas aos 18 anos. (CAPEZ, 2011, e-book).

“Todo agente é imputável, a não ser que ocorra causa excludente da imputabilidade (chamada de causa dirimente).” (CAPEZ, 2011, e-book).

Ainda existem quatro causas que excluem a imputabilidade, sendo elas: 1ª) doença mental; 2ª) desenvolvimento mental incompleto; 3ª) desenvolvimento mental retardado; 4ª) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Doença mental: é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infundável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.

Desenvolvimento mental incompleto: é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. No entanto, com a evolução da idade ou o incremento das relações sociais, a tendência é a de ser atingida a plena potencialidade. É o caso dos menores de 18 anos (CP, art. 27) e dos indígenas inadaptados à sociedade, os quais têm condições de chegar ao pleno desenvolvimento com o acúmulo das experiências hauridas no cotidiano.

Desenvolvimento mental retardado: é o incompatível com o estágio de vida em que se

encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica. Ao contrário do desenvolvimento incompleto, no qual não há maturidade psíquica em razão da ainda precoce fase de vida do agente ou da falta de conhecimento empírico, no desenvolvimento retardado a capacidade não corresponde às expectativas para aquele momento da vida, o que significa que a plena potencialidade jamais será atingida.

Embriguez: causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles entorpecentes (morfina, ópio etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico). (CAPEZ, 2011, e-book).

Em análise da jurisprudência do TJRS, foi percebido que para casos que o transtorno não influencia na ilicitude do crime, houve condenação ou a pena não foi reduzida. Como no caso da jurisprudência a seguir:

*APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO
QUALIFICADO. SEMI-IMPUTABILIDADE.
CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL.
ALEGAÇÃO DE ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À
APLICAÇÃO DA PENA.*

Verificada a reprimenda aplicada na origem, tem-se que a mesma não atendeu aos critérios da razoabilidade, necessidade e suficiência para a prevenção/reprovação do crime, motivo pelo qual a pena deve ser exasperada na primeira e na terceira fase.

Ademais, considerando que o transtorno de personalidade anti-social não influenciou na

capacidade de entendimento quanto à ilicitude do fato praticado; que inexistem outros comprometimentos patológicos; e que a parcial capacidade de autodeterminação também se deve ao uso voluntário de entorpecentes, desde a adolescência; é de rigor a aplicação da minorante do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, na fração de um terço (1/3). (TJ- RS, Ap. crim. 70037449089, rel. Des. Odone Sanguine, 17.03.2011).

Em outra análise, foi ponderado que o transtorno foi significativo para redução da pena. Como no caso a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. LATROCÍNIO TENTADO. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA.

1. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DELITO DE LATROCÍNIO TENTADO. NÃO RECONHECIMENTO. O princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art 5º, XXXVIII, alínea 'c', CF) impede a revisão do mérito da decisão do Conselho de Sentença pelo Tribunal Estadual, exceto nas restritas hipóteses arroladas no art. 593, inciso III, do CPP. Veredicto do júri que encontrou respaldo probatório nos autos, não cabendo a este Tribunal questionar se a prova foi corretamente valorada, bastando a plausibilidade entre as respostas dos jurados e a existência de indícios de autoria para que a decisão seja válida. Evita-se, assim, a arbitrariedade, respeitando, contudo, a íntima convicção dos jurados na tomada da decisão.

2. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA.

2.1. As modernas classificações internacionais consideram as psicopatias como transtornos da personalidade e as definem como alterações da forma de viver, de ser e relacionar-se com o ambiente, que apresentam desvios extremamente significativos do modo em que o indivíduo normal de uma cultura determinada percebe, pensa, sente e particularmente se relaciona com os demais. O transtorno antisocial de personalidade coincide com o que tradicionalmente se denomina psicopatia. As personalidades psicopáticas se enquadram no rol das perturbações da saúde mental, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, regulando-se conforme o disposto no parágrafo único do art. 22, do Código Penal.

2.2. Comprovado pelo laudo psiquiátrico que o réu ao tempo do crime padecia de transtorno anti-social de personalidade, a redução de pena é obrigatória, o que é facultativo é o quantum maior ou menor(1/3 a 2/3) dessa diminuição de pena.

2.3. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por perturbação da saúde mental ou por outros estados patológicos, é a redução obrigatória da pena, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena. Argumentos contrários à redução da pena no sentido do cumprimento integral da pena são circulares, inconvincentes e desumanos porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da

culpabilidade (psicopatias ou debilidades mentais explicariam a culpabilidade) e a agravação da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravação da pena). Não incidência da untermassverbot na medida em que o legislador não atuou de maneira deficiente, mas sim ponderada.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. UNÂNIME. (TJ-RS, Ap. crim. 70041554122, rel. Dra. Rosane Ramos de Oliveira Michels, 29.01.2013).

Na análise da próxima jurisprudência, de incial houve condenação pelo réu ter conhecimento do caráter ilícito de seus atos, porém a decisão foi recorrida por não ter sido considerada sua semi-imputabilidade, pois tal circunstância expõe uma anormalidade no comportamento que poderia moderar a capacidade de discernimento do acusado.

TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITO. SEMI-IMPUTABILIDADE. NECESSIDADE. Por não vinculados, os julgadores, a resultados das perícias eventualmente realizadas durante a instrução do processo, questÃO como a semi-imputabilidade, se suscitada em plenário, deve ser sujeitada aos jurados, especialmente quando tenham apontado, os expertos, no respectivo laudo, que o examinando apresenta sério transtorno de personalidade anti-social. PRELIMINAR DEFENSIVA ACOLHIDA, PARA ANULAR O JULGAMENTO. (TJ-RS, Tribunal do Júri nº 70051064269, rel. Des. Newton Brasil de Leão, 30.01.2013).

Ao explorar os resultados obtidos em jurisprudências, foi notado que a partir do estudo do tema, através de doutrinas, teses e legislação há uma relação entre os julgados e o posicionamento dos autores.

Por não se ter ainda um instrumento confiável para o diagnóstico de psicopatia tem na legislação brasileira a existência de um artigo que permite a diminuição de pena ao indivíduo que não consegue visualizar em seus atos a ilicitude praticada. Já na prática, há a facultatividade do juiz em decidir entre uma possível diminuição da pena, considerar o réu imputável ou inimputável, e também sobre encaminhá-lo a um hospital para tratamento psiquiátrico. Tal ato de se realizar tratamento curativo, ainda possui discordâncias por ser de grande dificuldade tratar os portadores de transtorno antissocial de forma eficaz, além do fato do diagnóstico ser bastante polemizado por não haver ainda um conhecimento aperfeiçoado nesta área.

4 - PSICOPATIA E CRIME

4.1 – O IMPACTO DO PSICOPATA NO ÂMBITO SOCIAL E PENAL

Quando se trata de realizar pesquisas psicopáticas, enfrenta-se um enorme problema, o qual destaca SILVA (2010, e-book) como “um grande e limitante problema em realizar pesquisas sobre os psicopatas é que elas, em geral, só podem ser feitas em penitenciárias e isso é perfeitamente compreensível, afinal é muito difícil um psicopata “subcriminal”, ou seja, aquele que nunca foi preso ou internado em instituições psiquiátricas, falar espontaneamente sobre seus atos ilícitos”.

Ausência de sentimento de culpa,

Os psicopatas mostram uma total e impressionante ausência de culpa sobre os efeitos devastadores que suas atitudes provocam nas outras pessoas. Os mais graves chegam a ser sinceros sobre esse assunto: dizem que não possuem sentimento de culpa, que não lamentam pelo sofrimento que eles causaram em outras pessoas e que não conseguem ver nenhuma razão para se preocuparem com isso. Na cabeça dos psicopatas, o que está feito, está feito, e a culpa não passa de uma ilusão utilizada pelo sistema para controlar as pessoas. Diga-se de passagem, eles (os psicopatas) sabem utilizar a culpa contra as

peçoas "do bem" e a favor deles com uma maestria impressionante. (SILVA, 2010, e-book).

Vejamos agora, um caso real:

Pedro Rodrigo Filho, o "Pedrinho Matador", é um serial killer que afirma com orgulho ter matado mais de 100 pessoas, inclusive seu próprio pai. Na Penitenciária do Estado, em São Paulo, ele é temido e respeitado pela comunidade carcerária. A primeira vez que matou, Pedrinho tinha apenas 14 anos e nunca mais parou. Com vários crimes nas costas, Pedro Rodrigo foi preso aos 18 anos, em 1973, e continuou matando dentro da própria prisão. Ele é considerado o maior homicida da história do sistema prisional e diz que só na cadeia já matou 47 pessoas. Mata sem misericórdia quem atravessa o seu caminho ou simplesmente porque não vai com a cara do sujeito. Pedrinho sabe que matar é errado, mas justifica seus atos como algo que vem de família: pais e avós também foram matadores. Para "Pedrinho Matador", tirar a vida de alguém é somente mais um trabalho bem-sucedido. E para que ninguém se esqueça do que é capaz, tatuou no braço a frase "Mato por prazer".

Fontes: Revista Época, ed. 259, Ed. Globo, 5/5/2003; Revista Ciência Criminal, Especial Mentres Criminosas, Ed. Segmento, 2007.

Com esse fato real, observa-se que a empatia e o senso de compreensão do psicopata se encontram em dimensões totalmente diferentes de uma pessoa com a personalidade não psicótica.

Não se esqueça:

psicopatas são incapazes de amar, eles não possuem a consciência genuína que caracteriza a espécie humana. Os psicopatas gostam de possuir coisas e pessoas, logo, é com esse sentimento de posse que eles se relacionam com o mundo e com as pessoas. Em razão dessa incapacidade em considerar os sentimentos alheios, os psicopatas mais graves são capazes de cometer atos que, aos olhos de qualquer ser humano comum, não só seriam considerados horripilantes, mas também inimagináveis. Esses psicopatas graves são capazes de torturar e mutilar suas vítimas com a mesma sensação de quem fatia um suculento filé-mignon. Felizmente os psicopatas graves são a minoria entre todos os psicopatas. Nos chamados leves e moderados, a indiferença em relação aos outros também está presente, porém ela emerge de forma menos intensa, mas ainda devastadora para a vida das vítimas e da sociedade como um todo. (SILVA, 2010, e-book).

Os psicopatas são inflexíveis ao tédio ou a ocasiões rotineiras. Eles estão sempre em busca de situações que possam mantê-los em um estado permanente de alta excitação. Por isso, prezam viver no limite. Nessa busca desregulada, muitas vezes, envolvem-se em situações ilegais, agressões físicas, brigas, desacatos a autoridades, direção perigosa, uso de drogas, promiscuidade sexual, atos que sempre ensejam em cometimentos de crimes, sendo eles graves ou leves. Conforme SILVA (2010, e-book) "frequentemente mudam de residência e emprego na busca de novas situações que os excitam".

Os psicopatas não apenas transgridem as normas sociais como também as ignoram e as consideram meros obstáculos, que devem ser superados na conquista de suas ambições e seus prazeres. Essas leis e regras sociais não despertam nos psicopatas a mesma inibição que produzem na maioria das pessoas. Por isso, observamos que, na trajetória de

vida desses indivíduos, o comportamento transgressor e anti-social é uma constante. Pesquisas têm constatado que a aparição precoce do comportamento anti-social (infância e adolescência) é um forte indicador de problemas transgressores e criminalidade no adulto. Vale ressaltar que o psicopata sempre vai revelar ausência de consciência genuína frente às demais pessoas: são incapazes de amar e nutrir o sentimento de empatia. Eles jamais deixarão de apresentar comportamentos anti-sociais; o que pode mudar é a forma de exercer suas atividades ilegais durante a vida (roubos, golpes, desvio de verba, estupro, sequestro, assassinato etc). Em outras palavras, a maioria dos psicopatas não é expert numa atividade criminal específica, mas sim "passeia" pelas mais diversas categorias de crimes, o que Hare denomina versatilidade criminal. (SILVA, 2010, e-book).

Sendo um dos principais comportamentos dos psicopatas a transgressão de normas, eles a fazem com normalidade, impulsividade, pois em sua concepção, aquilo seria normal, não impondo sanções a si. Sendo que, mesmo quando acarreta em sanções, o mesmo continua com os atos infracionais.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transtorno de personalidade é um grande problema para a psiquiatria e para o direito penal, pois seus critérios de avaliação não são tão objetivos quanto deveriam ser deixando uma lacuna no que tange a aplicabilidade de uma melhor sanção para o criminoso psicótico. Deixando vago ainda, o meio certo para se tratar de tal disfunção social, ao qual merecem uma atenção redobrada, pois os agentes que possuem a personalidade anti-social tendem a incidência de cometimento das mesmas infrações ou de outras, não abandonando os atos ilícitos

Portanto, as jurisprudências analisadas demonstram divergência no que tange a aplicabilidade da pena adequada ao agente psicótico, trazendo consigo na maioria das vezes apenas duas possibilidades, quais são: a redução da pena ou a não condenação por ser semi-imputável ou inimputável.

Neste sentido, o que se demonstra é ainda uma baixa capacidade de que o sistema penal consiga lidar de forma efetiva com o agente psicótico, quando ele consegue ser identificado, sendo este outro grande problema no sistema processual brasileiro. Quanto à identificação como inimputável, em razão de sua psicopatia, cabe frisar que o resultado final será a aplicação de medida de segurança, que em muitos casos é cumprida em estruturas não preparadas para receber o inimputável, sem pena definida, tendo apenas como baliza máxima a pena abstrata do crime, e com exames periódicos de aferição da melhoria da doença do qual é acometido. Nestes casos percebe-se uma perpetuação da pena pela ausência de ferramentas próprias à verificação da saúde mental, em um extremo, em outro o que se verifica é a capacidade de o agente psicótico mascarar a sua distúrbio, de forma simulada, permitindo a ele ser liberado antes que seja resolvido ou mitigado o seu distúrbio, trazendo risco a ele e à sociedade com a sua liberação preliminar.

6 - REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar. 15. Ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal Nº 70037449089. Apelante: Artur Varcilei Orling. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Odone Sanguine. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 março 2011. Disponível em: Acesso em: 04 nov. 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal Nº 70041554122. Apelante: Ministério Público. Apelado: Marco Aurelio Onantscheko. Relatora: Dra. Rosane Ramos de Oliveira Michels. Pesquisa de

Jurisprudência, Acórdãos, 29 janeiro 2013. Disponível em: Acesso em: 22 maio 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tribunal do Júri Nº 70051064269. Apelante: Moisés de Almeida. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Newton Brasil de Leão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 janeiro 2013. Disponível em: Acesso em: 04 maio 2018.

CLECKLEY, H. *The mask oh sanity*. St. Louis, MO: Mosby, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito Penal: Parte Geral*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL-BEN, C. M. *Neurobiologia do transtorno de personalidade anti-social*. Revista de Psiquiatria Clínica, v. 32, p. 27-36. 2005.

GOLEMAN, Daniel. *Trabalhando com a inteligência emocional*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GREGO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

KAPLAN, H. B.; SADOCK, B. J.; GREBB, J. A. *Compêndio de psiquiatria: Ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral, arts.1º ao 120 do CP*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) (Ed.). *Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID -10: Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Ed. de bolso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

____, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas*. o psicopata mora ao lado. Ed.1 Rio de Janeiro: Fontanar, 2010.

NOTA:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os Cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, escritor e coordenador de obras jurídicas.

A IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

MORGANA NUNES TAVARES GOMES:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. TO.

CRISTIANE DORST MEZZAROBA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O estudo tem por objetivo analisar a eficácia do Instituto da Colaboração Premiada como meio de prevenir e proteger a sociedade da ação das organizações criminosas. Foi utilizada a metodologia bibliográfica e documental para a realização da pesquisa, constatando-se que, se vive em meio a constante globalização e juntamente com ela, vestindo-se de tecnologias avançadas, está a criminalidade se adequando ao momento e à territorialidade que ocupam. O Instituto oferece ao poder judiciário uma forma privilegiada e mais célere de obter informações, do que os mecanismos de investigações existentes na atualidade, em troca disso concede ao colaborador benefícios legais que vão desde a redução da pena até o perdão judicial, caso ele tenha colaborado de forma voluntária e eficaz. No estudo se verificou que a colaboração premiada face ao crime organizado tem como o intuito dismantelar as organizações criminosas, tendo em vista que normalmente as pessoas que são presas não tem poder algum de mando, e o encarceramento dessas pessoas não afetaria em nada o fim da organização criminosa. O Direito Penal então, buscando tornar efetivo o combate ao crime, criou o instituto da colaboração premiada nos crimes que envolvem organizações criminosas.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Organização criminosa. Lei nº 12.850/2013

ABSTRACT: The study of this paper is to analyze the effectiveness of the Institute for Awarded Action as a means of preventing and protecting society from criminal organizations. The bibliographical and documentary methodology was used to carry out the research, stating that if one lives in the midst of constant globalization and together with it, using advanced technologies, crime is adequate to the moment and the territoriality they occupy. The Institute offers the judiciary a privileged and faster way of obtaining information, than the existing investigative mechanisms, in exchange of this gives the collaborator legal benefits ranging from reducing

the sentence to judicial forgiveness, should he have collaborated voluntarily and effectively. The study found that the award-winning collaboration in the face of organized crime is intended to dismantle criminal organizations, since normally prisoners do not have any command power, and their incarceration would not affect the end of the crime. organization. The Criminal Law, therefore, seeking to make effective the fight against crime, created the institute of collaboration awarded in crimes involving criminal organizations.

Keywords: Award-winning collaboration. Criminal organization. Law nr. 12.850 / 2013.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA. 2.1. Legislação italiana. 2.2 Legislação Americana. 2.3. Outras legislações. 2.4 Brasil. 3. COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE AO CRIME ORGANIZADO. 3.1. Características básicas das organizações criminosas. 3.2. Uma análise da colaboração premiada na Lei de Combate ao Crime Organizado. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1INTRODUÇÃO

O intuito da colaboração premiada é auxiliar no combate das organizações criminosas, porque na etapa de inquérito criminal o colaborador, além de revelar seus delitos para as autoridades, impede a prática de outras violações, como também ajuda de maneira concreta a polícia e o Ministério Público nas ações relacionadas às provas contra os demais coparticipantes, permitindo suas prisões.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo analisar a eficácia do Instituto da Colaboração Premiada como meio de prevenir e proteger a sociedade da ação das organizações criminosas. Sua problemática consiste na seguinte indagação: Qual é a eficácia do instituto da colaboração premiada face ao combate do crime organizado?

Para tanto, foi empregada a metodologia bibliográfica e documental para a realização da pesquisa, constatando-se que, se vive em meio a constante globalização e juntamente com ela, vestindo-se de tecnologias avançadas, está a criminalidade se adequando ao momento e à territorialidade que ocupam.

A Lei n. 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi uma das mais proeminentes na previsão da colaboração premiada, sendo que anunciou a prevenção e repressão de infrações contra

a economia. Em seu artigo 86, prevê que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas, que sejam autoras de infrações à ordem econômica, desde que contribuam efetivamente com as buscas e processos administrativos.

O entrosamento de que a colaboração premiada envolve a autoridade jurisdicional, por se prender em ajustes entre o Ministério Público e o réu. Com efeito, os ajustes firmados não permitem deixar de lado a ação na aplicação da pena, já que compete ao juiz não somente a palavra final, mas também a primeira, ou seja, mesmo tendo sido feito o acordo, é ao juiz que incumbirá decidir quanto à colaboração, se necessita ou não ser premiada com a diminuição da pena, em benefício das ocasionais benesses do instituto.

São várias as controvérsias que envolvem o tema, uma delas é que o Estado, por intermédio dos seus gestores, não deveria medir esforços para criar meios de resolução de crimes mais efetivos e menos engessados do que os atualmente existentes no ordenamento jurídico, ao invés de estimular criminosos a cometer atos imorais e antiéticos para a resolução de um crime, com promessa de benefícios, até mesmo o perdão pelo crime praticado.

Nesse diapasão, cabe ao Estado resolver as controvérsias criminosas que ocorrem na sociedade, não o contrário, não é o criminoso que tem que dar a solução adequada para o crime, este deve exercer a sua posição de réu e ser acusado e punido pelo crime praticado.

O presente estudo foi dividido em duas partes. Na primeira parte constou a análise histórica do instituto, com enfoque no direito comparado. Após, analisou se o instituto da colaboração premiada frente ao crime organizado.

2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 LEGISLAÇÃO ITALIANA

É de difícil definição a data exata do início da utilização da colaboração premiada como forma de concessão de benefícios aos colaboradores da justiça. Porém, encontra-se seus primeiros resquícios em meados dos anos 70, quando o instituto se viu utilizado como uma ferramenta de ajuda em relação aos crimes de terrorismo e tortura, sendo esta última muito mais valorizada.

Conforme descreve Mossin (2016), no direito estrangeiro pode-se afirmar que o surgimento do instituto da Colaboração Premiada ocorreu na Itália em meados da década de 70, com a necessidade de criação de mecanismos capazes de combater o terrorismo e a extorsão mediante sequestro, mas só ganhou notoriedade com uma operação que objetivava acabar com criminosos que constituíam a “Máfia”, a chamada “Operação Mãos Limpas”. Nessas operações as pessoas as quais realizavam as delações eram conhecidas por *pentiti*.

Na Itália, quando o agente se arrepende, depois da prática de algum crime, sendo este em concurso com organizações criminosas, e se empenha para diminuir as consequências desse crime, confessando-o ou impedindo o cometimento de crimes conexos, terá o benefício de diminuição especial de um terço da pena que for fixada na sentença condenatória, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos. (GUIDI, 2006, *apud* PARANAGUÁ, 2014, p. 3)

No sistema jurídico italiano eram três os tipos de delatores: o arrependido, ao abandonar a organização criminosa passa a cooperar com o judiciário com as informações sobre as atividades que desenvolviam e impediu a realização dos crimes para os quais a organização se formou.

O que leva a questionar como um instituto como a colaboração premiada, foi ter seus efeitos sobre uma organização que repudia a mera ideia de colaboração? O interessante é que o instituto não foi considerado de sucesso na Itália, pelo fato de ter sido usado diversas vezes, mas sim, pelo fato de que, na primeira vez que foi utilizado, surtiu um enorme efeito na sociedade (SILVA, 2014).

O caso de maior sucesso da colaboração premiada, face à máfia, foi o caso conhecido como “Operação mãos limpas” (*Mani Pulite*), que foi uma enorme investigação judicial, com o escopo de esclarecer crimes relacionados à corrupção. Ao todo, a Operação Mãos Limpas foi responsável pela investigação de 6.059 pessoas, dentre elas, 872 empresários, 1.978 administradores e 438 parlamentares.

A grande operação teve início quando o desertor da KGB (polícia secreta da extinta União Soviética), Vladimir Bukovski, trouxe documentos que comprovavam o envolvimento e o financiamento de grande parte da administração pública italiana pela KGB. Tal operação trouxe à tona uma

Itália até então desconhecida pelos seus cidadãos, uma Itália banhada em corrupção. Além dos documentos apresentados por Vladimir Bukovski, a operação também contou com o apoio de Tomasso Buscetta, um ex-mafioso e primeiro da classe, a quebrar o tão renomado voto de silêncio da máfia. A máfia, sabendo da operação, tentou por um fim à operação, tentando calar todas as testemunhas, realizou inúmeros assassinatos, sendo os mais conhecidos como os dos juízes que participavam do caso, Paolo Borsellino e Giovanni Falcone (NUCCI, 2014).

A operação foi responsável pelo fim da primeira república italiana e ocasionou o desaparecimento de inúmeros partidos políticos, muitos dos integrantes dos esquemas cometeram suicídio no decorrer da investigação à medida que os crimes por eles cometidos eram descobertos.

Nessa época a colaboração premiada era vista através de três figuras: "Arrependido", "Dissociado". Quando se trata do regime do "arrependido", o acusado, antes da sentença condenatória, retira-se da organização criminosa sem oferecer nenhum meio de resistência, ajudando na dissolução desta.

Para se caracterizar a colaboração, não basta apenas o abandono, é necessário também que o acusado ofereça todas as informações a que tem acesso, referente à ordem hierárquica interna da organização criminosa, lembrando que o benefício advindo da colaboração é condicionado à validade das informações prestadas (SILVA, 2014).

Se estas não forem utilizadas para beneficiar a investigação criminal, descaracterizado está a colaboração. Quando se ressalta o segundo regime da colaboração, previsto no ordenamento italiano, o do "dissociado", se fala naquele sujeito que, antes da sentença condenatória, coopera com as autoridades responsáveis pela investigação, com o intuito de reduzir ou impedir as consequências da prática do crime cometido pela organização ou até ajuda no impedimento da realização de crimes conexos aos por ele praticados (MARQUES, 2014).

O terceiro e último tipo de regime é o conhecido como "colaborador". Nele estão presentes todos os requisitos dos regimes supracitados, além de ter a efetiva colaboração do delator para aquisição de prova que, por si só, individualiza os participantes da organização criminosa, possibilitando dessa forma, o ingresso destes processos e nas

investigações, ou ainda, fornece elementos de prova que consigam comprovar de maneira exata os fatos criminosos.

Os resultados, na Itália, não podiam ter sido melhores, tendo em vista todas as prisões realizadas com a utilização da colaboração premiada, reduzindo as atividades da máfia à quase zero, tanto que, até hoje, se olha para a legislação italiana, em busca de um modelo perfeito da colaboração premiada.

2.2 LEGISLAÇÃO AMERICANA

Quando se inicia os estudos históricos da colaboração premiada no direito americano, percebe-se que este está inserido no instituto americano denominado *pleabargaining*, princípio esse que inexistente na legislação pátria.

Tal princípio confere ao persecutor do Ministério Público Americano total discricionariedade para a realização do seu trabalho, isto é, não existe fiscalização nenhuma perante a denúncia realizada, sendo possível e muito comum, acordos realizados entre o procurador e o acusado, visando uma condenação razoável, dependendo da ajuda fornecida pelo réu.

Esse poder de negociar é praticamente ilimitado, podendo a pena ser elevada ou diminuída a critério do procurador. Porém, tal instituto esbarra apenas na absolvição do réu, o que, neste caso, é competência apenas do magistrado.

Claro se torna que a colaboração premiada inserida no *leabargaining*, no direito americano é amplamente utilizada até os dias atuais, em que estranho se torna um caso onde não houve prévio acordo entre promotor e réu. Nesses casos, cabe ao magistrado apenas a homologação do acordo, não podendo haver oposição, sendo tal poder de barganha é totalmente lícito ao procurador (PRADO, 2013).

Percebe-se a diferença gritante entre os regimes jurídicos adotados pelo direito americano face ao direito brasileiro. No ordenamento jurídico pátrio, tem-se adotado o princípio da legalidade estrita da administração pública, logo, havendo determinado crime, não pode o Ministério Público abster-se de oferecer denúncia, ou optar por realizá-la em momento mais oportuno.

O órgão não tem essa prerrogativa devido ao princípio da estrita legalidade. Frisa-se que não é esse o regime jurídico adotado pelo direito

americano no qual cabe ao membro do Ministério Público, analisar a oportunidade e a conveniência do momento e meio da propositura da denúncia, entendida como poder discricionário.

No direito brasileiro, o poder da administração pública, quando se trata de Ministério Público, é vinculado, não cabendo ao membro do órgão analisar a oportunidade muito menos a conveniência dos atos.

O direito brasileiro adota o poder vinculado pois, em se tratando de direito penal, também conhecido como a última *rátio* do direito brasileiro, trata de direitos indisponíveis na relação jurídica material, logo não cabe discricionariedade em direitos indisponíveis.

Apesar de tal princípio ter sofrido uma mitigação, com a instituição da transação penal, previsto no artigo 76 da lei 9.099/95, este ainda não deixou de existir, muito menos perdeu sua força, o que ocorreu foi uma divisão nos crimes previstos no Código Penal, encaixando-os cada qual em uma faixa de gravidade. Todos os crimes cuja pena máxima não exceda dois anos ficaram conhecidos como crimes de menor potencial lesivo, estes por sua vez, se encaixam na descrição do artigo da lei 9.099/95, cabendo então a transação (SILVA, 2014).

O Código Penal, anteriormente ao advento da lei supracitada, só tratava de direitos indisponíveis, porém atualmente esse ordenamento é dividido, abarcando os direitos indisponíveis e também os disponíveis, estes últimos passíveis de transação penal se atendidos os requisitos do artigo 76 da lei dos Juizados Especiais.

Pode-se realizar uma analogia, apenas para fins didáticos, entre a transação penal brasileira e o *pleabargaining*, previsto no direito americano. Em ambos está previsto o poder do Ministério Público em negociar a pena a ser aplicada ao acusado, se este realizar algum tipo de colaboração com a investigação criminal.

A previsão no direito brasileiro é muito mais restrita, valendo apenas nos casos expressamente previstos na lei, e atendendo a todos os requisitos necessários. Já no direito americano, o *pleabargaining* tem efeitos para todos os casos, sem restrições.

Cabe também esclarecer que a discricionariedade prevista no ordenamento jurídico brasileiro, quando se trata da transação penal, não é

uma discricionariedade absoluta como é a encontrada no direito americano. A legislação dá o nome de discricionariedade regulada ou regrada, logo, o Ministério Público pode negociar a pena do réu, nos limites estabelecidos na própria lei, não podendo extrapolá-los.

2.3 OUTRAS LEGISLAÇÕES

A colaboração premiada também é encontrada em várias outras legislações mundo afora, como na legislação espanhola onde é conhecida por "delinquente arrependido". Na Espanha a colaboração é mais voltada para os crimes contra o terrorismo, apesar de ainda se aplicar para os outros tipos penais.

O interessante é a previsão da colaboração premiada preventiva e a repressiva, sendo a primeira realizada antes do cometimento do ato, e a segunda após. Lembrando também que o resultado prático da colaboração deve existir para que o benefício seja concedido, não bastando apenas delatar os comparsas (MEDRONI, 2014).

No Direito Alemão, há o *Kronzeugenregelung*, que em uma tradução literal, pode-se entender como "clemência". Percebe-se algumas diferenciações desse instituto para os demais, tendo em vista que a pena aplicada neste caso pode ser discricionariamente reduzida pelo juiz, sendo irrelevante que a colaboração seja efetiva no impedimento do crime.

Percebe-se que o Direito Alemão premia o simples ato de arrependimento do criminoso que por livre e espontânea vontade, realiza a colaboração. Caso as informações prestadas pelo delator sejam suficientes para impedir o crime, este é absolvido por completo, não lhe restando nenhuma outra pena.

No Direito Colombiano também se tem a previsão da colaboração, com as seguintes peculiaridades: a colaboração não precisa vir acompanhada necessariamente com a confissão, logo, a simples indicação de quem praticou o crime, a simples indicação de seu comparsa já é suficiente para caracterizar o instituto da colaboração premiada, cabendo ao Estado provar a culpa do delator em juízo.

A colaboração nesse caso deve vir com provas inequívocas do que o delator está falando, além deste ter vários benefícios previstos no Código Penal Colombiano.

No Direito Chileno, Português e Argentino também é possível encontrar institutos que tratam da colaboração premiada (MEDRONI, 2014).

Após esta breve análise da evolução histórica da colaboração premiada em todas as partes do mundo, mister se torna a iniciar o estudo histórico no país, tendo em vista os reflexos das legislações estrangeiras na formação da colaboração premiada, que hoje pode ser considerada como um instituto formado e autônomo.

2.4 BRASIL

No Direito brasileiro a origem da colaboração premiada leva para as Ordenações Filipinas, que teve sua vigência de 1603 até o ano de 1830, quando o Código Criminal entrou em vigor. As Ordenações Filipinas previam a colaboração premiada com o título de “Como se perdoará os malfeitores, que derem outros a prisão”. Com isso percebe-se que a colaboração nessa época tratava do total perdão do indivíduo que criminalizasse o outro, não estabelecendo nenhum requisito como vistos nos direitos anteriores como, por exemplo, o resultado prático da colaboração (PRADO, 2013).

Constata-se que, conforme acordo com Paranaguá (2014), que ainda no período de vigência do Código Filipino ocorreu um incidente que marcou a história do Brasil conhecido como a Inconfidência Mineira, onde o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão da Coroa portuguesa sobre todas as suas dívidas em troca de informações sobre os seus colegas que à época foram acusados de traição contra a pessoa do Rei configurando assim o crime de lesa-majestade. Colaboração essa que resultou no enforcamento de Joaquim José da Silva Xavier por se tratar do líder do movimento. Sua cabeça foi pendurada em um poste da cidade que hoje é a atual Ouro Preto, para inibir eventuais manifestações contra o governo.

Consegue-se visualizar a utilização do instituto da colaboração premiada quando se olha para o movimento histórico da Inconfidência Mineira, quando o Coronel Joaquim Silvério dos Reis, um dos inconfidentes, delatou seus comparsas com o fim de obter vantagens da Fazenda Real, sendo nesse caso o perdão de todas as suas dívidas.

Percebe-se então que a colaboração premiada, nessa época, não era atrelada a nenhum tipo específico de crime, tendo seus efeitos *erga omnes*,

sendo todo o crime passível de colaboração, devido à falta de regulamentação que existia na época.

Como prova desse efeito *erga omnes* pode-se comparar a colaboração citada que trata de crimes tributários: A colaboração premiada também foi usada no Golpe Militar de 1964, com o fim de descobrir quem eram as pessoas que se posicionavam contra o regime militar e puni-las. Lembrando que naquela época as pessoas que não concordavam com o regime jurídico totalitário eram conhecidas como criminosos pelos militares (MEDRONI, 2014).

Após as Ordenações Filipinas, onde houve a primeira previsão da colaboração premiada no direito brasileiro, não mais se falou no instituto por quase 400 anos. A primeira lei de fato a prever a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro foi a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a lei que regulamentou a prática de crimes hediondos, no artigo 7º, incluiu o parágrafo 4º no artigo 159 do Código Penal Brasileiro, com a redação posteriormente alterada pela lei 9.269/1996, que assim dizia: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

A própria lei 8.072/1990 consagrou em seu texto a previsão da colaboração premiada no parágrafo único do Artigo 8º, que assim está previsto:

Artigo 8º - Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena previsto no Artigo 288 do Código penal, quando se tratar de crime hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Percebe-se que com o advento das leis que previam a colaboração premiada, ocorreu uma mitigação do seu campo de atuação antes possível para qualquer tipo de crime. Devido ao princípio da legalidade que prevê, no direito penal, que não existe crime sem lei anterior que o defina, se torna mister destacar que a

colaboração só poderá ser utilizada nos crimes que expressamente previstos no código, permitam a aplicação do instituto, não cabendo mais a sua aplicação para todos os tipos penais previstos.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE AO CRIME ORGANIZADO

3.1 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, em seu artigo 1º, parágrafo 1º define organização criminosa como associação de 4 (quatro) ou mais pessoas ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com objetivo de obter vantagem, mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Conforme assenta Mossin (2016) para que se configure o tipo de organização criminosa é necessário que se constate a permanência, a estabilidade do grupo e o grau hierárquico existente entre seus determinados componentes, ou seja, cargos de níveis superiores e inferiores, sustentando ainda a probabilidade quando fosse o caso de uma espécie de promoção de cargo entre os integrantes do grupo; além do mais é imprescindível que haja uma chefia.

Segundo o autor:

De outro lado, a "divisão de tarefas" é uma característica fundamental da citada organização. Isso significa que os componentes do grupo criminoso realizam diversos trabalhos, sempre objetivando os fins ilícitos arrolados pelo legislador. A divisão em questão se caracteriza mesmo que seja "informalmente" estabelecida. Não há necessidade, portanto, desta repartição estar revista de regras ou normas instituídas e, menos ainda, documentada. (MOSSIN, 2016, p. 131).

Trata-se de uma das características das organizações a divisão de tarefas entre os integrantes do grupo, de forma com que venham a desempenhar suas atribuições de maneira subordinada hierarquicamente recebendo ordem de uma chefia, sendo que também possuem a possibilidade de haver ascensão entre os integrantes do grupo.

De acordo com Mendroni (2014) através da análise estrutural dos elementos do tipo encontraremos as características que são requisitos para a criminalidade organizada, conforme demonstrado nas linhas que se seguem.

De acordo com o autor, quanto ao requisito de 4 ou mais pessoas, afirma-se que seria inviável a possibilidade de 3 pessoas serem suficientes para se organizarem ordenada e estruturalmente para a prática de delitos, dividindo tarefas e com o fim de retirar quaisquer vantagens, direta ou indiretamente.

Lembrando que, a associação é de 4 ou mais pessoas contando com eventual membro menor ou o que possa estar participando do grupo por ter sido coagido, sendo este passível de ser absolvido se se integrou ao grupo de maneira irresistível.

Além do mais, “há necessidade de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido de formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris* [...]” (GRECO FILHO, 2014, p. 21).

Já o requisito “Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas – ainda que informalmente”, possui a seguinte peculiaridade: Segundo Greco Filho (2014) mesmo que seja de maneira informal a estrutura ordenada se justifica pela divisão de tarefas, que possuem de fato uma divisão hierárquica, sendo que em cada ramo de atividade exercida pela organização possa ser um setor diferente, mas sempre existindo níveis de subordinação.

Ainda, no que tange ao requisito “com o objetivo de obter direta ou indiretamente – vantagem de qualquer natureza”, para Mendroni (2014) esses objetivos atingem tanto as atividades exercidas, como as pessoas que a integram diretamente, sendo os componentes da organização criminosa, como indiretamente como os contratados, parceiros, simpatizantes etc. No sentido de obter vantagens de qualquer natureza podemos englobar dinheiro, poder, influências, se o caso clientes, preferência entre outras.

Ainda, no que se refere ao requisito “Mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos”, frisa-se que esses crimes podem ser visados, propiciados ou facilitados pela organização como pena máxima superior a 4 anos.

Diante dessa característica peculiar do tipo, observa-se que alguns crimes passíveis de serem praticados por essas organizações ficaram excluídos pelo requisito adotado pelo legislador, sendo assim não poderá ser o delito imputado a qualquer infração penal.

Quanto ao caráter transnacional, destaca-se que a última característica das organizações traz em sua essência a desnecessidade de constatação de todos os elementos do tipo.

Observa-se que, os crimes de caráter transnacional são aqueles que não respeitam as fronteiras dos países e possuem características semelhantes nos ordenamentos desses países, quando ocorre-los observar-se-á os tratados e convenções internacionais que dispõe sobre organizações criminosas, não sendo aplicado o que reza a lei brasileira, sendo o delito solucionado através dos acordos assim firmados pelo países e independentemente da quantidade de pena aplicada aos crimes (MARQUES, 2014).

Insta-se mencionar que mesmo tendo caráter transnacional esses crimes em regra, não serão julgados pela justiça federal, há casos como o crime de lavagem de dinheiro que mesmo sendo transnacional será de competência da justiça estadual.

3.2 UMA ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Segundo Lima (2014) conforme mencionado diversas vezes ao longo deste estudo, o Instituto da Colaboração Premiada já era aplicado no ordenamento brasileiro desde a década de 90, mas até pouco tempo não se encontrava em nenhuma legislação a regulamentação de forma precisa dessa importante técnica de investigação, o que só veio a ocorrer com o advento da Lei nº 12.850/2013 tratando do combate às organizações criminosas.

Nesse contexto, Lima ressalta que:

Daí a importância da nova Lei das Organizações Criminosas: sem descuidar da proteção dos direitos e garantias fundamentais do colaborador - a título de exemplo, seu art. 4º, §15, demanda a presença de defensor em todos os atos de negociação,

confirmação e execução da colaboração, constando do art. 5º inúmeros direitos do colaborador -, a Lei nº 12.850/13 passa a conferir mais eficácia à medida sob comento, seja por regulamentar expressamente a celebração do acordo de Colaboração Premiada, dispondo sobre a legitimidade para a proposta, conteúdo do acordo e necessária homologação judicial, seja por prever expressamente que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. (LIMA, 2014, p.737).

É importante que seja abordado que, somente com a edição da Lei nº 12.850/2013 houve a regulamentação da forma em que deverão ocorrer as negociações entre o delator e o Ministério Público, que mediante colaboração voluntária e eficaz, para só então posteriormente ocorrer sua homologação pelo juiz, feito isso o agente obterá o prêmio legal de acordo com a discricionariedade do juiz em arbitrá-lo.

A Lei nº 12.850/2013 faz menção primeiramente em seu artigo 3º à Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova podemos auferir o que dispõe no artigo,

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

I – Colaboração Premiada; constata-se que o instrumento será utilizado como meio de obtenção de prova, podendo ser tanto na fase investigatória quanto na fase processual.

Quanto às medidas de combate ao crime organizado, Mendroni explana que:

As medidas de combate ao crime organizado, em qualquer País, devem ser fortes, enérgicas, na exata medida da sua necessidade, na medida da prevenção e da repressão requeridas pela própria sociedade na recuperação da ordem pública, nem mais, nem menor, já que as organizações criminosas são realidades existentes e infiltradas em vários setores da vida

cotidiana, com alto potencial destrutivo e desestabilizador, não havendo mais espaço para aqueles discursos, no mais das vezes demagógicos, realçados, derivados e trazidos a reboque das expressões de “estigmatização do investigado/acusado”, “garantismo” ou “aplicação de direito penal mínimo” etc. Devem ser decorrentes de uma específica criação legislativa derivada de firme vontade política no sentido de promover eficiente defesa nacional. (MENDRONI, 2014, p. 21)

O Estado tem que fazer valer o seu poder, criando mecanismos capazes de intimidar essas organizações ao mesmo tempo que protegem seus cidadãos, criando lei específicas, mecanismos de investigação eficazes e saber aplica-los aos casos concretos, não se deixando adormecer diante da evolução da criminalidade.

Certifica-se que, na mesma lei no artigo 4º foi regulamentado todo o procedimento para a aplicação da Colaboração Premiada, o qual analisaremos na íntegra a seguir:

Art. 4. O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

Basicamente o caput do artigo menciona quais os prêmios o agente poderá obter ao aceitar o acordo de colaboração, dando total discricionariedade ao Juiz ao aplica-los conforme entenda ser conveniente e traz o requisito que a colaboração deverá ser efetiva e voluntariamente “voluntariamente significa que procede espontaneamente, derivado da vontade própria, e efetivo provém da qualidade do que tem efeito, real, verdadeiro, positivo, permanente”. (MENDRONI, 2014, p. 31)

Ainda, destaca-se outro entendimento, agora do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

APELAÇÃO - PENAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ELEMENTO SUBJETIVO DEMONSTRADO - ABOLITIO CRIMINIS - INOCORRÊNCIA - ARMA DESMUNICIADA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - EXASPERAÇÃO DEVIDA - ARREPENDIMENTO POSTERIOR - INAPLICABILIDADE - COLABORAÇÃO PREMIADA - AUSÊNCIA DE EFETIVA COLABORAÇÃO - NÃO PROVIMENTO. À concessão da colaboração premiada mister demonstrar efetiva colaboração para o desmantelamento de organização criminosa, de modo que a mera confissão posterior à prisão de parte dos envolvidos, bem como a anterior ciência da identidade do corrêu pela autoridade policial não autoriza a concessão da benesse. Apelações defensivas às quais se nega provimento com base no acervo probatório e correta aplicação da lei. (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. APL: 00126892220078120002 MS 0012689-22.2007.8.12.0002, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar).

Para que se obtenha a benesse da colaboração é imprescindível que se demonstre a eficácia das afirmações prestadas, as quais serão analisadas pelo julgador, como se pode perceber diante os mais recentes julgados.

Ao final do artigo o legislador mencionou a expressão “um ou mais”, “deixando bem claro que para a concessão da benesse legal não há necessidade da aquisição de todos os resultados previstos no dispositivo; é dispensada sua cumulatividade, o que se revela justo e racional”. (MOSSIN, 2016, p. 163)

Essa é portanto, a primeira fase da colaboração, onde serão feitas negociações entre o agente, sempre acompanhado de seu defensor/advogado e o membro do Ministério Público, No acordo conterà o informe da colaboração e os possíveis resultados; a proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceite do colaborador e seu defensor; as assinaturas de todos eles os quais fazem parte do acordo; as especificações de medidas de proteção para o colaborador e sua família se for o caso.

Segundo Filho (2014) a segunda fase será a de homologação pelo juiz, ele não poderá ter participado das negociações e deverá decidir se homologa ou não o acordo segundo critérios de regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo ouvir o colaborador na presença de seu defensor para formular seu convencimento.

A homologação "tem por finalidade somente a de qualificar o investigado como colaborador, ensejando as medidas relativas a essa situação [...]. Tanto que não faz coisa julgada que as partes podem retratar-se[...]. (GRECO FILHO, 2014, p. 41).

Por fim, a terceira fase do procedimento da Colaboração Premiada, a qual é explicitada por Filho:

A fase da sentença em que seu mérito será apreciado aplicando-se, ou não, o benefício e sua graduação, inclusive porque a concessão de eventual benefício depende do comportamento do colaborador após o acordo e sua homologação, como se frustrar os efeitos recusando-se a depor ou por qualquer outra forma inviabilizar a utilidade de sua colaboração. A proposta de aplicação do perdão judicial poderá ser apresentada pela autoridade policial com audiência do Ministério Público ou pelo Ministério Público antes da sentença, considerando a relevância da colaboração prestada, ainda que não tenha sido aventada por ocasião do acordo inicial. (GRECO FILHO, 2014, p. 41).

Tem-se por fim, que é na sentença onde o juiz arbitrará qual o benefício legal a ser aplicado, levando em consideração o comportamento do colaborador, ademais, antes da sentença poderá a autoridade policial ou o Ministério Público propor o perdão judicial, considerando a importância da colaboração, mesmo que o perdão judicial não tenha sido objeto no termo do acordo de colaboração.

Feito algumas considerações sobre o caput do artigo (artigo 4º) e exposta as fases do processo da Colaboração Premiada passares então a analisar os demais dispositivos de forma ordenada. No que se refere a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, segundo leciona Mendroni (2014)

o dispositivo não exige que sejam identificados todos os coautores ou partícipes da organização, até seria inviável tal exigência, pois em organizações criminosas de grande porte, muitas vezes nem o agente tem conhecimento de todos os integrantes da organização.

Ressalta-se que “entregar um chefe ou um líder da organização obviamente deve gerar mais mérito como moeda de troca do que entregar um executor de tarefas de menor importância. (MENDRONI, 2014, p. 33-34). O Promotor de Justiça é quem definirá o grau da colaboração do agente.

Em relação à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, conforme Mossin (2016) o colaborador também fará jus ao prêmio legal, se ele contar como é formada a organização criminosa, o modo com que são divididas as atividades dentro do grupo, bem como o cargo de chefia, pois a divisão de tarefas significa agir de forma organizada e hierárquica.

Como outro requisito para a concessão do benefício, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades das organizações criminosas é uma medida preventiva e protetiva, com o objetivo de impedir que o grupo criminoso cometa mais delitos, diminuindo os prejuízos para a sociedade e para as vítimas dessas organizações. A esse respeito, é salutar a lição de Mossin:

Sem o menor traço de dúvida, constatando-se a existência da organização criminosa, não basta unicamente para apurar e punir os eventos típicos praticados pelos seus membros componentes, mas também, traçar metas para coibir outros avanços de cunho delituoso, o que poderá ser conseguido com a colaboração do delator, posto que ele conhece o funcionamento da associação e também o modo de agir de seus comparsas a até planos que já foram elaborados para futuras incursões criminosas, que poderão ser interrompidos. (MOSSIN, 2016, p. 166).

O legislador previu no inciso terceiro também a possibilidade do agente obter o benefício se acaso por meio da sua colaboração as autoridades competentes puderem impedir que mais delitos ocorram em decorrência da ação da organização criminosa.

No que tange à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pelas organizações, o legislador fez uso da conjunção alternativa “ou”, isso quer dizer que não implica necessariamente na obtenção dos dois resultados, bastando apenas um deles, quando a natureza do fato assim permitir.

Segundo Mossin (2016) por “produto do crime” entende-se que são os bens materiais advindos da prática do delito. Já “proveito do crime”, constitui qualquer bem ou valor conseguido com recurso vindo da prática delituosa.

A intenção do legislador com esse dispositivo é tentar sanar dentro do possível os prejuízos sofridos pela vítima, que poderá ser pessoa física ou jurídica, diante a ação delituosa do grupo.

No que se refere à localização de eventual vítima com sua integridade física preservada, o legislador faz menção a integridade física da vítima, isso quer dizer que, a vítima deverá estar sem ferimentos, lesões, mutilações, ou seja a vítima deve ser encontrada sem nenhuma alteração no seu corpo.

Esse dispositivo tem aplicação mais evidente nos crimes de sequestro e cárcere privado, mais comumente praticados por associações, mas não obstante o possa ser praticado pelas organizações criminosas.

De acordo com o parágrafo primeiro, “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Existem outros fatores além da voluntariedade e eficácia, que influenciam na concessão do benefício, conforme menciona Mendroni (2014) esses fatores podem ser subjetivos e objetivos, por subjetivo temos a personalidade do colaborador, esse deve mostrar-se verdadeiramente arrependido favorecendo a intuição de que não voltará a reincidir. Os fatores de natureza objetiva são: a natureza do fato delituoso, é o conteúdo do crime em si; as suas circunstâncias, tem relação com a forma com que foi praticado; a gravidade do fato, tem relação com a punição tipificada para cada delito e a repercussão social, está ligado ao clamor público e a conotação dada pela mídia.

De acordo com o artigo 4º, § 2º da Lei nº 12.850/2013:

Art. 24 - § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#).

De acordo com Mossin (2016) é requisito para a provocação jurisdicional a relevância da colaboração prestada, sendo que, não faz-se necessário que o pedido de concessão do perdão judicial esteja inserido no acordo de colaboração, posto que, a qualquer momento a autoridade policial ou o Ministério público poderá requerer ou representar o pedido, desde que já se tenha sido verificado o teor das informações prestadas pelo colaborador e sua eficácia. Uma vez que, seria interessante o agente externar sua vontade logo na fase de investigação, pois depois de instaurado o processo, haveria pouco tempo hábil para a proposta e necessária checagem por parte do Ministério Público.

O artigo 4º, § 3º da Lei nº 12.850/2013, por seu turno:

Art. 4, § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

Esse dispositivo faz menção ao prazo para o oferecimento da denúncia ou o processo, somente relativos ao colaborador, onde poderá ser suspenso por 6 meses, uma vez prorrogado por mais 6 meses, de forma a viabilizar a aplicação do Instituto e os meios para a produção probatória. Após constatadas as informações necessárias, "nada impede que sejam instaurados outros procedimentos criminais, tantos quantos necessários, em face de fatos e agentes da organização criminosa". (MENDRONI, 2014, p. 40).

Ainda, de acordo com o artigo 4º, §4º da Lei nº 12.850/2013: “Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I- não for o líder da organização criminosa; II- for o primeiro a prestar efetiva colaboração [...]”.

Neste caso Mendroni (2014) assenta que, o Promotor de Justiça, poderá conceder imunidade ao colaborador, pelos fatos por ele relatado, deixando de oferecer denúncia em seu nome, mas nada impede que ele o denuncie por fatos diversos daqueles relatados por ele.

Isso poderá ocorrer se o delator não for o líder da organização criminosa, isso implica que não teria sentido o líder se beneficiar dos prêmios legais ao delatar os seus comandados.

Esse é portanto, o motivo principal da exigência do legislador em dar o benefício somente para o primeiro a prestar colaboração, pois o instituto não poderá ser visto como forma de impunidade aos criminosos, sendo ainda uma forma de coação psicológica entre eles, pois gerará desconfiança entre seus integrantes, que poderão querer se beneficiar com a colaboração, desestruturando assim o grupo.

O artigo 4, § 5º da Lei nº 12.850/2013 estabelece que: “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”.

Conforme Mendroni (2014), o momento mais propício para as autoridades receberem a colaboração, seria antes do oferecimento da denúncia, onde seria possível constatar sua real eficácia e viabilizar o benefício concebido ao agente. Depois de instaurado o procedimento penal, se tornaria mais difícil principalmente pela falta de tempo. Após a sentença então, ainda mais. Todavia, “considerando que as organizações criminosas são um verdadeiro complexo de pessoas [...], mesmo após a sentença, já durante o seu cumprimento, ainda será possível o oferecimento da colaboração” (MENDRONI, 2014, p. 43).

O benefício aplicado ao colaborador após a sentença consiste na redução de pena até a metade ou progressão de regime, os requisitos mencionados no texto dizem respeito ao tempo de cumprimento da pena para efeitos de progressão de regime.

O artigo 4, § 6º da Lei nº 12.850/2013 preceitua:

Art. 24, § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Como dito anteriormente o Juiz não participará das negociações dos acordos de colaboração, presando este dispositivo pela imparcialidade do Juiz, ficando a cargo deste somente a homologação do acordo ficando a cargo dele analisar somente seus aspectos formais.

O artigo 4, § 7º da Lei nº 12.850/2013 estabelece que:

Art. 4º, § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

O acordo à aplicação do Princípio da Oportunidade ou do consenso, conforme o momento processual em que ocorrer. Deverá ser documentado, formalizado, contendo as declarações do colaborador – (prudently também assinado pelo seu Advogado do ato), e cópia da investigação.

Ainda, será remetido ao Juiz que não poderá rejeitar, emendar ou anular. O Juiz ficará vinculado ao conteúdo do acordo apresentado pelas partes, fiscalizando tão somente a sua formalidade – regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para tanto, ouvir, sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor (MENDRONI, 2014, p. 45).

O juiz após receber o acordo de Colaboração Premiada, somente poderá analisar seus aspectos formais, além disso, poderá ouvir o agente na presença de seu defensor para somente após formular seu livre convencimento sobre o termo.

De acordo com o art. 4º, § 8º da supracitada lei: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

É facultado ao juiz a homologação da proposta, podendo recusá-la se não atender aos requisitos formais, ademais poderá o juiz readequar o acordo ao caso concreto que, se não tiver nenhuma retificação de conteúdo poderá ser homologado sem nova manifestação das partes. Acaso o juiz modifique o seu conteúdo, ou seja, o tipo de benefício a ser concedido, deverá ser novamente encaminhado as partes para que seja expressamente ratificado.

Já o parágrafo 9º do art. 4º da já citada lei: “Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”.

Em uma incessante busca pela verdade real poderá o Juiz requerer a oitiva do colaborador, depois de homologado o acordo, sempre que entender necessário.

Mendroni ressalta que: “O Juiz precisa certificar-se especialmente da espontaneidade do colaborador e a melhor forma é estando diretamente à sua frente, podendo então aferir da sua voluntariedade” (MENDRONI, 2014, p. 46).

Por sua vez, o § 10º do art. 4º da mencionada lei estabelece que: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Para Mossin (2016), tanto o colaborador quando o Ministério Público poderão retratar-se do termo de colaboração, tornando o ato totalmente sem efeitos. O legislador cuidou em ressaltar que, as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas unicamente em desfavor do delator, isso significa que, outras provas somadas com estas produzidas por ele, tanto podem como devem formar contexto probatório contra o ex-colaborador.

De acordo com o art. 4º §11 da lei em comento, a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Como destacado anteriormente, para efeitos de homologação o Juiz deverá levar em conta apenas os requisitos formais do documento, posteriormente na sentença é que ele verificará de acordo com a eficácia da colaboração se ele irá conceder o prêmio legal ou não.

O juiz ao homologar o acordo não significa que ele concederá o benefício legal, para que isso aconteça é necessário constar da formalidade da sentença, sendo que este pelo simples fato de ter homologado o acordo não está vinculado à concessão da benesse legal.

Já § 12º do art. 4º da já citada lei: “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”.

Isso significa dizer que após o colaborador receber o prêmio legal, tanto na fase investigatória quanto na processual, poderá ser ele posteriormente, ouvido como testemunha em eventual instrução criminal, por não possuir mais nenhum vínculo com o processo crime, o qual responde seus parceiros de delito. Por outro lado se ele ainda não estiver recebido o benefício não poderá ele ser ouvido na qualidade de testemunha.

Quanto ao § 13º do art. 4º da já citada lei, preceitua que: “Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”.

O legislador procurou assegurar a maior fidelidade das informações obtidas pelo colaborador, com essas diversas formas de tecnologia, “torna-se possível auferir a segurança do relato através do comportamento do colaborador, e, com a segurança maior possibilidade de confiabilidade no seu teor e da sua fidelidade” (MENDRONI, 2014, p. 48).

Por sua vez, o § 14º do art. 4º da mencionada lei estabelece que: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Sabe-se que o direito ao silêncio é assegurado pela Constituição Federal, não podendo o agente renuncia-lo, por se tratar de direito indisponível, ele poderá optar por não valer-se desse direito, desprezando o direito de permanecer calado, “a abdicação em questão, obrigatoriamente,

deverá ser feita diante o advogado do delator, que por exigência de cunho normativo, deverá acompanhá-lo em todas as fases em que a colaboração premiada se desenvolve [...]” (MOSSIN, 2016, p. 207).

Ainda, o § 15º do art. 4º da lei em comento preceitua que: “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

Para Mendroni (2016) essa exigência é de cunho constitucional e assegura principalmente o Princípio da Ampla Defesa, é também uma das formas de garantia de que a Colaboração Premiada seja feita da forma mais correta possível no que diz respeito às suas formalidades de cunho normativo.

Por fim, o § 16º do art. 4º da mencionada lei estabelece que: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

De acordo com a inteligência de Mendroni (2014) as informações obtidas a título de colaboração não são suficientes para ensejar a uma condenação, nem do próprio colaborador e nem daqueles por ele delatados, essas informações servem de complemento ao conjunto probatório, sendo necessária a constatação de evidências e provas capazes de assegurar o que foi delatado.

Contudo pode-se concluir que, o Instituto da Colaboração Premiada foi um meio que o Estado encontrou, para obter informações privilegiadas em um menor lapso de tempo, e com a maior possibilidade de elucidação dos fatos ilícitos, para que haja uma rápida punição aos agentes que violam suas leis, e como forma de vetar que aconteçam novos crimes no caso das organizações criminosas com seu conseqüente desmembramento.

4 CONCLUSÃO

O Direito Penal, ao proteger o bem jurídico, se fundamenta essencialmente no seu princípio da legalidade que se subdivide na positivação criminal e na anterioridade da lei penal. Tendo isso em mente sabe-se que não existe crime sem lei anterior que o defina, então para o crime, ou mais, para as disposições do Código Penal valerem, elas devem estar constituídas de maneira codificada e serem anteriores ao fato.

A colaboração premiada não foge a esta regra. Ela deve estar expressamente prevista no tipo que institui o crime em questão para que surta os seus efeitos. Efeitos estes também previstos no tipo penal, sendo cada um com sua especialidade, não se atrelando o legislador à uma regra geral de aplicação.

Com base na pesquisa realizada observou-se que o Instituto da Colaboração Premiada não constitui um elemento novo em nosso ordenamento jurídico mais que já fora utilizado desde a década de 90 em diversas legislações esparsas que, por disporem sobre o instituto de maneira obscura e lacunosa, tornara sua aplicação difícil e duvidosa (COSTA, 2013).

Nesse meio termo gerou-se inúmeras controvérsias acerca da Colaboração Premiada, pois para alguns doutrinadores tratava-se de meio antiético e imoral de obtenção de provas tanto em meio aos homens de bem, como em meio aos criminosos. Há que se falar também que feria o princípio da proporcionalidade da pena, o que não se pode tomar como base como restou aclarado no decorrer do trabalho.

O que deve ser ponderado é que houve um significativo avanço na legislação com o advento da Lei nº 12.850/2013, na qual se encontra a definição de organização criminosa, ora dispersa em todas as legislações que tiveram como intuito conceitua-las, dificultando assim a caracterização das organizações criminosas e o seu consequente desmembramento, deixando a sociedade à mercê desse tipo de criminalidade.

Por sua vez a mesma Lei nº 12.850/2013, trouxe em seu bojo a devida regulamentação para a utilização do instituto da Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova capaz de auxiliar as autoridades judiciais, diante da inércia do nosso aparato investigatório, contribuindo assim para o avanço da persecução penal.

A Colaboração Premiada é um meio de obter um conhecimento privilegiado através do delator, que deverá prestar colaboração voluntária e eficaz, se mostrando arrependido da prática dos ilícitos para que, possa obter alguns dos prêmios legais, que poderá ser desde a redução da pena até o perdão judicial, auxiliando e muito as autoridades judiciais na elucidação dos crimes.

Vale ressaltar a discricionariedade do juiz ao homologar o acordo de Colaboração Premiada, pois ele não fará parte das negociações, ficando

estas a critério somente do Ministério Público, do colaborador e seu defensor ou advogado, o juiz fará jus somente aos requisitos legais para que haja a homologação do acordo, não ficando ele vinculado a conceder a benesse legal na sentença, sendo neste momento observada a eficácia da colaboração.

REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Brasília, 24 de julho de 2012: 191^{da} Independência e 124^o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em 29 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em 29 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 29 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Brasília, 2 de agosto de 2013; 192^{da} Independência e 125^o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 29 de maio de 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação Nº 00126892220078120002 MS 0012689-22.2007.8.12.0002**. Leandro de Jesus Góes, Anderson de Souza Silva e Ministério Público. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 02/2012/2013. Jusbrasil. Disponível em: <http://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20127541362/apelacao-apl-126892220078120002-ms-0012689-2220078120002>. Acesso em 5 de jun. de 2018.

COSTA, Thalison Clóvis Ribeiro da. **Criminalidade organizada: estudos sobre a lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13869. Acesso em 20 de maio de 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei N° 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. 104p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 2° ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 955p. Ebook

Manual de Processo Penal. 2° ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 1760p. Ebook

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. **A Colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, vol. 60, p. 32-66, Jun/Jul. 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado Lei N° 12.850/13**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. 108p.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Colaboração Premiada – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: JHMIZUNO, 2016.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2014. 1290p. Ebook

PARANAGUÀ, Rafael Silva Nogueira. **Origem da Colaboração Premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**. In: www.Jusbrasil.com.br, disponível em: <http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origemda-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 23 de maio de 2018.

PINTO, Ronaldo Batista. A Colaboração Premiada da Lei n° 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e processo Penal**. Porto Alegre. Vol. 56, p. 24-29, OutNov/2013.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Vol. 938, p.241-297, dezembro de 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34° Ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2014.

NOTA:

[1] Orientadora com título de mestrado. Professora e coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

O USO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA COMO INSTRUMENTO DE MELHORIA AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

POLYANNA DA SILVA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

(Orientador)

RESUMO: Diante do cenário do sistema prisional brasileiro, este tem por finalidade apresentar a viabilidade do uso do método de monitoramento eletrônico com ênfase na tornozeleira eletrônica como uma medida alternativa à prisão acerca de aliviar a superlotação do sistema carcerário brasileiro. O presente artigo estuda o papel do Estado Brasileiro na adoção do método de monitoramento eletrônico com vistas ao aperfeiçoamento da ressocialização como objetivo central da pena e a redução do problema de superlotação carcerária. Ademais, com a utilização do monitoramento é possível, para além do aprimoramento da ressocialização, a redução dos custos gerados com a aplicação de pena no sistema carcerário tradicional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional; Cumprimento de pena; Monitoramento eletrônico;

KEYWORDS: Prison System; Penalty execution; Electronic monitoring;

ABSTRACT: In view of the scenario of the Brazilian prison system, the purpose of this study is to present the feasibility of using the electronic monitoring method with emphasis on the electronic anklet as an alternative measure to arrest about alleviating the overcrowding of the Brazilian prison system. This article studies the role of the Brazilian State in the adoption of the electronic monitoring method with a view to improving resocialization as the central objective of the penalty and reducing the problem of prison overcrowding. In addition, with the use of monitoring, it is possible, in addition to the improvement of resocialization, the reduction of costs generated with the application of penalty in the Brazilian traditional prison system.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS CONSEQUÊNCIAS DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 2.1 A RESSOCIALIZAÇÃO E A REINserÇÃO DOS APENADOS. 3. A APLICABILIDADE DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA COMO ALTERNATIVA A SUPERLOTAÇÃO AO SISTEMA PRISIONAL. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro, ao longo dos últimos anos, vem sofrendo um sucateamento progressivo, em uma ampliação ascendente em número de detentos, e uma degradação estrutural somada a carência de vagas neste sistema. Há uma estagnação da forma de se aplicar a pena, concomitante a isso há uma tendência de se apostar sempre na solução do cárcere para os problemas criminais brasileiros. Segundo Greco (2016, p.180):

O século XXI teve início sem nenhuma perspectiva de melhora do sistema prisional. A superlotação carcerária parece não preocupar as autoridades competentes, sobretudo a classe política, que não vislumbra nenhuma “vantagem” com o preso. As celas continuam sendo úmidas, fétidas, extremamente frias ou quentes, sem areação, a comida servida aos detentos ainda é de péssima qualidade, eles não trabalham, não podem exercitar-se, seus parentes são impedidos de vê-los com frequência, suas esposas, em grande parte dos casos, não mantêm relações íntimas com eles.

A ideia do cárcere ainda é medieval, dissocializa-se o apenado, colocando-o em uma comunidade de criminosos e busca-se ainda a efetivação de um discurso de ressocialização muito contrário aos números que se apresentam quando se analisa o sistema tradicional de prisões. Com o advento de novas tecnologias, no entanto, é possível que outros métodos mais eficazes e menos dispendiosos sejam utilizados com vistas à restringir a liberdade do condenado, como pena, e a perfazer o ideal de

ressocialização, e neste ponto que insere-se o foco deste trabalho: o monitoramento eletrônico.

O monitoramento eletrônico constitui-se, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico pelo apenado (não necessariamente apenas os efetivamente condenados, bastando apenas que figurem como réus em um processo penal condenatório), que passaria a ter a liberdade (ainda que mitigada ou condicionada) controlada via satélite, evitando que se distancie de ou se aproxime de locais predeterminados. Este dispositivo indica a localização exata do indivíduo, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida. Já com isso possibilita o registro de sua movimentação pelos operadores da central de controle.

O dispositivo transmissor emite um sinal, o qual passa por um receptor e, através da linha telefônica, chega até um centro de vigilância. Em seguida, é direcionado para um centro de controle, que monitora o apenado. Caso surja algum problema, uma vez verificado que este não é de ordem técnica (rompimento do lacre pelo detento), é notificado o juiz (ou outra autoridade encarregada), que adota as providências cabíveis.

Dessa forma, são fixadas em lei as restrições que o apenado deverá cumprir quanto o que refere à tornozeira eletrônica. A lei permite a imposição da fiscalização, por meio da monitoração eletrônica, quando for autorizada saída temporária para aquele que estiver sob o regime semiaberto, ou quando a pena estiver sendo cumprida em prisão domiciliar. Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de: pulseira; tornozeira; cinto e microchip subcutâneo. Entretanto neste artigo terá enfoque no uso da tornozeira eletrônica.

Em linhas gerais o monitoramento por meio da tornozeira eletrônica serve como uma forma de permitir uma Liberdade vigiada, prestigiando a tentativa de ressocializar o apenado. Agora, na fase indiciária ou persecutória, o monitoramento eletrônico é possível como uma alternativa à prisão cautelar, visando restringir a utilização da prisão às situações de extrema necessidade, ressaltando a presunção de inocência art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal 1988.

Embora a aplicabilidade da tornozeleira eletrônica tenha se tornado mais usual nas decisões dos juízes, essa finalidade proposta pelo Estado não está sendo satisfatória no que se refere ao reduzir o número de detentos e até mesmo a sua reinserção no mundo do crime. Percebe-se que para uma maior aplicabilidade necessita-se de uma intervenção do Estado de forma mais precisa e eficaz, pois, o monitoramento eletrônico por ser um instrumento novo ainda está em forma de aprimoramento.

Portanto, o trabalho traz uma análise sobre a efetividade da medida e as suas vantagens e desvantagens em face ao sistema carcerário clássico em razão de toda problemática que envolve o sistema prisional ns dias atuais, fazendo-se necessário obter uma medida alternativa à prisão. Que vise mitigar os problemas atuais do sistema, realocando uma parcela de detentos a uma forma mais eficaz, menos custosa e mais proficiente de se ressocializar os apenados no Brasil.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No que tange a evolução do sistema prisional pátrio desde o início do século XIX começou a surgir um problema que hoje conhecemos muito bem: a superlotação.

Entretanto, no que se refere à superlotação do sistema prisional brasileiro o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018) conforme o Painel Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP 2.0, implementado pelo CNJ em virtude da atual crise no sistema carcerário mostrou a necessidade de dados mais amplos e informações confiáveis, desenvolveu esta nova versão do sistema permitindo além do monitoramento das ordens de prisão expedidas pelo Judiciário, o controle do cumprimento das ordens de prisão e soltura em âmbito nacional e em tempo real, possibilitando a criação de um Cadastro Nacional de Presos.

Assim, conforme pesquisa feita ao Painel Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP 2.0 em junho de 2018 o número total de pessoas privadas de liberdade se deparava em 465.907 pessoas.

Greco narra que (2016, p.166), “A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional”.

Esse caos que vivencia o sistema prisional brasileiro sobrevém desde o massacre da Prisão de Carandiru, em 2 de outubro de 1992, onde resultou a morte de 111 detentos, no qual criou um marco no que tange nosso sistema carcerário.

A não eficácia desse sistema se tem pelo o aumento da criminalidade que só se perpetua mesmo devido tais detentos mesmo estando “presos”, e reclusos não o tornam impedidos de proliferar a marginalização entre os que ali estão ou aos que chegam. O massacre da Prisão Carandiru só foi um destaque do que perdura até os dias atuais em nosso país.

O Brasil em 2016 teve um registro de 392 mortes violentas dentro dos presídios no ano passado. É o que mostra levantamento feito pelo G1 com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal. O número equivale a uma média de mais de um morto por dia, e os dados se referem a todas as mortes consideradas não naturais – o que inclui homicídios e suicídios ou motivadas por briga de facções como também comandadas por criminosos de dentro dos presídios.

Em uma notícia divulgada pelo site do CNJ em agosto de 2017 o Conselheiro Rogério Nascimento em Audiência Pública na Câmara Federal diz que “O grau de mortalidade do sistema carcerário... afirmou que, entre os presos, a expectativa de vida é menor, enquanto o índice de mortalidade é inúmeras vezes mais alto do que para restante dos brasileiros. ”

Ainda nesse raciocínio segundo o conselheiro, “as soluções para reduzir os principais problemas das unidades prisionais brasileiras – a superlotação e o controle da vida carcerária por organizações criminosas - incluem a adoção de medidas de política criminal, como a reavaliação da Lei de Drogas, assim como de política jurisdicional, a exemplo da priorização permanente do julgamento de processos com acusados presos.

“É preciso pensar o problema do sistema carcerário junto com o problema da segurança pública. Precisamos escolher se queremos que ele (preso) volte pior ou melhor do que quando entrou. Nós estamos entregando de volta à sociedade brasileira alguém mais infeliz, mais revoltado e, portanto, mais propenso a voltar a delinquir. Um sistema penitenciário mais humano reduz a criminalidade”.

Posto isto, compreende-se a necessidade do papel do Estado para tratar o sistema prisional com maior preocupação e não reforçar o que é dito pela a sociedade que alude o sistema prisional como “escola do crime”. Definição esta, devido o Estado não se preocupar com quem ali chega e apenas recolher do convívio social e colocar dentro de uma cela.

Todavia, não questionando o mérito de deixar livre sem responder penalmente por suas atitudes criminosas, entretanto, conforme a Constituição de 1988 nos resguarda cumprir com sua punição, mas protegido por seu direito constitucional do princípio da dignidade humana. (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Nesse seguimento, Flávia Piovesan diz que (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Contudo, não se deve deixar de punir, mas deve-se punir com razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, entendemos que o uso da tornozeleira é medida salutar, mesmo tendo sua aplicação mitigada pela lei. Até pelo fato gerador da reinserção no mundo do crime.

2.1 A RESSOCIALIZAÇÃO E A REINERÇÃO DOS APENADOS

Rogério Greco (2016. p. 105) relata, que o sistema prisional brasileiro está soterrado dentro uma crise. E esta crise carcerária, é o resultado, principalmente, da inobservância pelo Estado, de algumas exigências indispensáveis ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, reintegrar um indivíduo a sociedade é oferecer ao infrator, condições para que ele consiga se regenerar e, desta maneira, não voltar mais a cometer o mesmo crime ou outros. Por isto a necessidade de que se tem do desafogamento do sistema carcerário brasileiro para que o Sistema possa servir ao seu intuito ressocializador, permitindo o trabalho, o estudo, enfim, atividades que visem efetivamente a recondução do apenado a cadeia produtiva da sociedade.

A ressocialização tem o propósito de oferecer dignidade, tratamento humanizado, conservando a honra e a autoestima do apenado. Encaminhar para o sujeito para um aconselhamento psicológico, projetos de profissionalização e incentivos que colaborem para que os direitos básicos do condenado sejam efetivados e priorizados.

Neste sentido, destaca Bitencourt (2012, p.130):

[...] A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.

O que se percebe é que, devido à fatores como a superlotação prisional e a influência das facções criminais dentro dos presídios, torna-se tarefa quase impossível a ressocialização se operar dentro do sistema prisional, graças a contaminação sofridas destes fatores narrados. Bem como, a própria ausência do Estado, seja por falta de estrutura seja por falta de vontade, no trabalho humanizador que deveria se operar dentro dos aparelhos prisionais.

Desta forma, o que se vem apercebendo-se no Brasil é que dentro do sistema prisional o que ocorre é um verdadeiro recrutamento de novos presos para o mundo do crime das facções criminosas, graças a todos fatores de ausência e omissão estatal.

Externamente, quando se fala do egresso, um grande fator de dissocialização que é o preconceito do mercado de trabalho para ex detentos, e impedem a alocação destes indivíduos na cadeia produtiva social, impelindo-os ao retorno ao mundo do crime. Um outro fator que dificulta a alocação dos egressos é a falta de qualificação formal destes para o mercado de trabalho, característica marcante por um lado da fatia social que integra os presídios, e por outro mais uma omissão estatal em não propiciar o estudo aos apenados no sistema prisional.

A ressocialização deriva de um conjunto complexo de fatores tanto estatais quanto sociais, manifestando-se nos vínculos familiares, afetivos, religiosos, sociais, e sobretudo na educação e no aprimoramento para o mercado de trabalho. Até mesmo quem se opõe no efeito da ressocialização, sabe a necessidade de tratar a pena como uma forma de educação e de assistência ao preso, que lhe facilite o acesso aos meios capazes de permitir seu retorno à sociedade em condições de convivência normal sem trauma ou sequelas do sistema.

3 A APLICABILIDADE DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA COMO ALTERNATIVA A SUPERLOTAÇÃO AO SISTEMA PRISIONAL

O aumento da população carcerária no final da década de 70 do século passado, assim como o elevado custo penitenciário unido à crise da pena privativa de liberdade e o fracasso do tratamento ressocializador,

gerou em seu conjunto, a necessidade de uma reorientação da política penal até então imperante, na busca de alternativas à prisão no âmbito da criminalidade de menor e médio potencial ofensivo. Assim, com o processo de globalização aliado ao avanço tecnológico se introduziu no debate político criminal de orientação progressista, a possibilidade de introduzir determinados mecanismos de controle eletrônico no âmbito penal e penitenciário em face do marco tradicional das sanções penais e nesse contexto surgiram as primeiras experiências sobre monitoramento eletrônico de presos (PRUDENTE, 2012, p.140).

Se por um lado o uso da tornozeleira eletrônica tem como foco o desafogamento do sistema prisional, por outro a sua utilização gera um estigma social, uma marca que é carregada pelo apenado enquanto estiver cumprindo a sua pena, que não servirá de lembrança tão somente a ele, mas também servirá de sinal a todos que perceberem o dispositivo no condenado. Contudo, o preço estigmatizatório que se paga com o uso da tornozeleira ainda é infinitamente menor que os estigmas gerados, tanto de ordem pessoal e interna quanto sociais, de uma temporada dentro do sistema prisional. Indiscutivelmente a medida é menos deletéria ao apenado e mais propícia a tão visada ressocialização.

De acordo com uma notícia relatada no site do G1 o globo (2017) no Brasil o estado da Paraíba foi o primeiro a implementar o monitoramento eletrônico, no ano de 2007, Bruno Azevedo juiz que iniciou o uso de tornozeleiras eletrônicas em presos no Brasil a 10 anos atrás contou a experiência do uso das primeiras tornozeleiras eletrônicas do país, em sua tese de doutorado em Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Na época, em 2007, cinco presos do regime fechado usaram o equipamento de forma voluntária enquanto trabalhavam prestando serviços para a Prefeitura de Guarabira na Paraíba. Para o juiz Bruno Azevedo, que é titular da Vara de Sucessões na Comarca de Campina Grande e professor da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), as tornozeleiras foram um avanço.

Segundo o juiz, a ideia do projeto de monitoramento eletrônico surgiu em sala de aula, quando ele contava a experiência dos Estados Unidos. "Um aluno fez uma provocação positiva. Disse que, se eu quisesse,

podia realizar o projeto na minha comarca [na época, em Guarabira]. Eu aceitei o desafio. Em 90 dias, apresentamos a tornozeleira eletrônica ao país”, lembrou Azevedo. Além do mais, Azevedo explicou que a experiência foi bem sucedida e o modelo paraibano de uso da tornozeleira foi reproduzido para outros 22 estados do país.

Contudo, somente em 15 de junho de 2010 o Presidente da República sancionou a Lei 12.258, que alterava pontos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, prevendo, nesse último diploma, a possibilidade da utilização do sistema de monitoramento eletrônico de presos (tornozeleira eletrônica). Entretanto, até então somente na fase da execução penal. Posteriormente, em 2011 com a lei n.º 12.403 adotou o sistema também como medida cautelar diversa da prisão em todo país.

Com efeito, a lei em destaque não só alterou os diplomas acima mencionados como também introduziu um novo instituto jurídico no Direito Penal brasileiro, o monitoramento eletrônico (CARVALHO, 2010). Para isso foi adicionado à Lei de Execução Penal, no título V (que trata sobre a execução das penas em espécie), capítulo I (que versa sobre as penas privativas de liberdade), a seção VI, referindo-se exclusivamente da monitoração eletrônica.

Não obstante, mesmo com os fatores apresentados, e não obstante a existência da Lei Federal n.º. 12.258/2010, ainda se tem um longo caminho a percorrer para o aperfeiçoamento do monitoramento eletrônico no país, que necessita de uma maior aquisição dos equipamentos tecnológicos, da edificação de centrais de monitoração, assim também como de treinamento de pessoal. (SOUZA, 2014, p. 214).

Segundo dados divulgados em 2015 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em seu Relatório de Auditoria realizado nos anos de 2013 e 2014 o DEPEN firmou convênios com dez unidades da federação, no valor total de R\$ 12.425.935,00, para monitoração de 2.000 pessoas. Os Projetos Básicos (Planos de Trabalho) de cada convênio justificam a demanda pela monitoração eletrônica como ferramenta para reduzir o déficit carcerário, tendo como público alvo os presos provisórios do sistema penitenciário no exercício de 2015 o DEPEN firmou parceria com mais doze unidades da

federação, no valor de R\$ 27.125.319,52, para monitoramento de 2.801 pessoas. Da análise efetuada nos Planos de Trabalho dos convênios verificou-se que a redução do déficit é questão central nas propostas dos Estados da Federação.

Em conformidade o levantamento efetuado pelo site G1 (2017) juntamente com os Governos estaduais e do DF os estados onde há mais presos monitorado por tornozeleira eletrônica é o Paraná (5.300), Mato Grosso (2.857), Pernambuco (2.400), Rio Grande do Sul (2.258), Minas Gerais (1.724), Ceará (1.586), Maranhão (1.572), Pará (1.276), Goiás (920), Alagoas (788), Amazonas (728), Rio de Janeiro (705), Rio Grande do Norte (535), Tocantins (370), Sergipe (314), Piauí (300), Paraíba (143), Mato Grosso do Sul (128), Espírito Santo (117), Santa Catarina (100) e Acre (82). 3 estados Amapá, Bahia, Roraima, e o Distrito Federal informaram não ter presos monitorados pelo equipamento. Vários governos têm previsão de licitação para a aquisição de novas tornozeleiras. De acordo com informações de órgãos estaduais, o menor custo mensal por tornozeleira é o do Distrito Federal (R\$ 161,92), que, embora não tenha presos monitorados, assinou em julho contrato para fornecimento de 6 mil tornozeleiras – o maior é o do Amazonas (R\$ 475). A variação de valores varia por federação. Ressalta-se que os estados de Rondônia e São Paulo foram os únicos que não responderam aos questionamentos do site G1.

De acordo com o professor Welliton Caixeta, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), que há sete anos pesquisa o uso de tornozeleiras, a tecnologia é importante alternativa pra diminuir o caos no sistema penitenciário. Segundo ele, um preso custa cerca de R\$ 2 mil por mês em um presídio, e a tornozeleira, cerca de R\$ 200. (site G1, 2017)

No âmbito das medidas cautelares, ou seja, no curso do processo pendente de julgamento, o monitoramento eletrônico está previsto junto às medidas diversas da prisão, no Art. 319 CPP, podendo ser utilizado com vista a dar eficiência às medidas diversas à prisão e ao mesmo tempo servir de alternativa à prisão processual. Após verificado o modo de aplicabilidade do monitoramento eletrônico, necessária se faz a análise dele referente às circunstâncias em que é cabível. Antes de tudo, cumpre definir a prisão processual como sendo aquela cautelar; provisória, ou seja, que não exige

pena imposta para ser decretada, podendo ocorrer, então, desde o momento do fato criminoso, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, se preenchidos os requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* (MIRABETE, 2014, p. 398).

Todavia, a lei ainda determinará a revogação da monitoração eletrônica quando esta se tornar desnecessária ou inadequada, quando o acusado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Diante do quadro atual do sistema carcerário, pergunta-se: Como deixar de oferecer a alguém, em uma fase pré-executória, ciente da realidade cruel que permeia o sistema penitenciário, a oportunidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença (por muitas vezes absolutória) em sua residência (ao lado de seus familiares e amigos), alegando que este deve se recolher ao cárcere porque o instrumento que poderia salvaguardá-lo fere o princípio da intimidade ou ainda o da presunção de inocência?! É certo que, com a evolução tecnológica, rapidamente serão manufaturados equipamentos de tamanho reduzidíssimos, conforme ocorreu com os aparelhos de telefonia móvel ("celulares"). (MARIATH, 2010, p. 3).

Dessa forma, nos últimos anos, iniciou-se uma busca por alternativas à prisão provisória e definitiva, a fim de diminuir o número de presos encarcerados e dar àqueles que, por diversas condições não fazem jus ao benefício, condições mínimas e dignas para o cumprimento da pena imposta.

De acordo com Prudente (2012, p.152) essas medidas visam justamente impedir o encarceramento do indiciado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo ser aplicado antes mesmo do decreto condenatório, ou seja, durante a fase do inquérito policial e também da ação penal, afirmando que assim "a lei em comento inova ao autorizar a aplicação do monitoramento eletrônico aos indiciados ou acusados e não apenas, como até então, somente aos condenados".

Logo, o uso da tornozeleira eletrônica citado previamente, surgiu não só com o fim de resolver o grave problema da superlotação dos

presídios, mas também, como forma de humanização do cumprimento da pena, o que, de fato, não ocorre dentro das unidades prisionais brasileiras, pela forma degradante que os presos são tratados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtudes das informações mencionadas, conclui-se que a aplicabilidade de meios tecnológicos para cumprimento de pena com ênfase na utilização do monitoramento eletrônico por meio da tornozeleira eletrônica se comunica por significativa medida de desapertar o sistema carcerário brasileiro.

Assim, resta o Estado como papel fundamental para colocar em prática com eficiência o uso do monitoramento, até mesmo por ter para consigo tal responsabilidade determinada em lei.

Pois, compreende-se, a necessidade de ser levado em conta o benefício gerado, tanto ao preso quanto à sociedade. Visto que, a sociedade sendo a maior beneficiária devido os crimes não deixarem de ser punidos e a paz social se tornar mais tangível. Até mesmo porque o uso da tornozeleira eletrônica impõe limitações aos apenados que pensam em qualquer tipo de recaída.

Quanto à sociedade, ela se beneficia, pois, os crimes não deixam de ser punidos e a paz social se torna mais tangível, pois o uso do monitoramento eletrônico impõe uma certa limitação aos ânimos daqueles (apenados) que pensam em uma recaída. Quanto ao preso, se por um lado pode ser discriminado, por outro se beneficia por não ter que conviver com criminosos de alta periculosidade, colocando sua vida em risco ou aprendendo como ser bandido. Infelizmente, o período que tiver que passar com o equipamento até a extinção da punibilidade é preço justo a se pagar pelo desvio da conduta social (SOUSA S., 2010).

Todavia, se ao preso por um lado pode ser discriminado, por outro se beneficia de não ter que conviver com criminosos de alta periculosidade, colocando sua vida em risco ou aprendendo a níveis altos de criminalidades. Logo, de certa maneira aquele período que estiver que

passar com o equipamento até a extinção da punibilidade é o “preço justo” a se pagar pelo desvio de conduta social.

Neste contexto, pode se afastar qualquer discussão a respeito de uma possível estigmatização do preso pelo uso das pulseiras e tornozeleiras eletrônicas, uma vez que as prisões são muito mais danosas e, em comparação com o uso deste novo meio de monitoramento e vigilância do preso, são, com muito mais intensidade, um instrumento que deixam marcas definitivas no indivíduo condenado (SOUZA J., 2014).

Com estas considerações, pode-se concluir que o uso da monitoração eletrônica do preso é antes e acima de qualquer coisa, medida que deve resultar na redução da população carcerária e possibilita a adoção de formas mais efetivas de ressocialização dos internos, uma vez que traz o detento para o convívio com sua família e com a sociedade, obtendo-se, de forma indubidosa, uma recuperação mais célere e econômica para o Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **LEI Nº 12.258, DE 15 DE JUNHO DE 2010**. Mensagem de veto Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm > Acesso em: 05 de Dez. de 2017.

BRASIL. **Vade Mecum Juspodivm**: 2018/ Salvador: Juspodivm, 3.ed., 2018. 2432 p.

CARVALHO, Jean Alan de Araujo. **Monitoramento eletrônico no Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: . Acesso em: 05 maio 2018.

<http://depen.gov.br/DEPEN/direx/cofiplac/processo-de-contas-aneais/2015-relatorio-de-auditoria-certificado-de-auditoria-e-parecer-do-orgao-de-controle-interno.pdf/view> > Acesso em: 01 de junho 2018

[Http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-dados/bases-de-dados](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-dados/bases-de-dados)> Acesso em 15 de Mar 2018

<http://fenapef.org.br/brasil-teve-quase-400-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016/>> Acesso em 05 de maio 2018

file:///D:/Donwload/**revistajuridica**6%252FARTIGO+SARA+E+MARCO+ZEFERINO+2016%20(4).pdfAcesso em 30 de maio 2018

GRECO, **Rogério. Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas.** 3. ed. Editora Impetus.Niterói, RJ, 2016. p. 105.

GRECO, **Rogério. Sistema Prisional- Colapso Atual e Soluções Alternativas-** 4ª ed. 2017 (cód.: 9729630)

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e perspectiva no Brasil.** Ministério da Justiça.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O Monitoramento Eletrônico e a Viabilidade de sua Utilização no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e perspectiva no Brasil.** Ministério da Justiça.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada.** Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2018.

Oliveira, Edmundo. **Direito penal do futuro: a prisão virtual / Edmundo Oliveira.** -

Rio de Janeiro: Forense, 2007.170 p.: il., fotos. [000778316]

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo:** Max Limonad, 2000.

SOUSA, Sandro De Oliveira. Tornozeleira Eletrônica - Considerações Sobre a Lei 12.258/10. 2010. Disponível em: . Acesso em: 19 outubro 2017.

SOUZA, José Alves de. O princípio da dignidade da pessoa humana e o monitoramento eletrônico de presos. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2014. Disponível em: . Acesso em: 18 outubro 2017.

SPIGLIATTI, Solange. **Justiça do RS coloca detentos em prisão domiciliar.** São

Paulo, 2010. Disponível em: www.estadao.com.br > Acesso em: 05 de Dez. de 2017

<https://g1.globo.com/politica/noticia/tornozeleiras-eletronicas-monitoram-mais-de-24-mil-presos-no-pais-diz-levantamento.ghtml> > Acesso em 06 de junho de 2018

<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/juiz-que-iniciou-uso-de-tornozeleira-eletronica-no-pais-defende-chips-para-monitorar-presos.ghtml> > Acesso em 06 de junho de 2018

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85245-o-sistema-carcerario-e-doente-e-mata-diz-rogerio-nascimento-do-cnj>

<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/juiz-que-iniciou-uso-de-tornozeleira-eletronica-no-pais-defende-chips-para-monitorar-presos.ghtml> > Acesso em 01 de junho 2018

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0> > Acesso em 09 de junho 2018

NOTA:

[1] Enio Walcácer de Oliveira Filho. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo pela UFT. Possui graduação em Direito e graduação em Comunicação Social pela mesma universidade. Professor da Sociedade de Ensino Serra do Carmo, na cadeira de Processo Penal e professor convidado de Direito Penal I e II na UFT. Membro do Conselho Editorial da Revista Vertentes do Direito - UFT. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e

Delegado de Polícia do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual penal, direitos humanos, direitos fundamentais, biossegurança, sociedade de risco e genética.

AS 7 CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

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

Resumo: Este artigo tem por objetivo um estudo breve das 7 constituições do Brasil. A Constituição ou Carta Magna, é um conjunto de regras de governo, muitas vezes codificada como um documento escrito, que enumera e limita os poderes e funções de uma entidade política. Ao longo da história o Brasil teve sete Constituições. Algumas foram promulgadas e outras foram outorgadas. As Constituições promulgadas são consideradas mais democráticas porque têm a participação do povo, através dos seus representantes. Já as Constituições outorgadas são as que foram impostas pelo governo. Precisamos lembrar que nossas constituições são apenas textos. Se serão meras utopias ou se servirão de indicativos para a conquista de direitos e, conseqüentemente, para a construção de uma sociedade mais justa e digna.

Palavras-chave: As 7 constituições. Brasil. Estudo breve.

Abstract: This article aims at a brief study of the 7 constitutions of Brazil. The Constitution or Magna Carta is a set of rules of government, often codified as a written document, which lists and limits the powers and functions of a political entity. Throughout history, Brazil has had seven Constitutions. Some were promulgated and others were granted. The enacted Constitutions are considered more democratic because they have the participation of the people, through their representatives. Already the Constitutions granted are those that have been imposed by the government. We need to remember that our constitutions are just texts. If they are mere utopias or serve as indicatives for the conquest of rights and, consequently, for the construction of a more just and dignified society.

Keywords: The 7 constitutions. Brazil. Brief study.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo un estudio breve de las 7 constituciones de Brasil. La Constitución o Carta Magna, es un conjunto de reglas de gobierno, a menudo codificado como un documento escrito, que

enumera y limita los poderes y funciones de una entidad política. A lo largo de la historia, Brasil tuvo siete Constituciones. Algunas fueron promulgadas y otras fueron otorgadas. Las Constituciones promulgadas son consideradas más democráticas porque tienen la participación del pueblo, a través de sus representantes. Las Constituciones otorgadas son las que fueron impuestas por el gobierno. Necesitamos recordar que nuestras constituciones son sólo textos. Si serán meras utopías o se servirán de indicativos para la conquista de derechos y, consecuentemente, para la construcción de una sociedad más justa y digna.

Palabras clave: Las 7 constituciones. Brasil. Estudio breve.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A Constituição ou Carta Magna, é um conjunto de regras de governo, muitas vezes codificada como um documento escrito, que enumera e limita os poderes e funções de uma entidade política. No caso dos países, o termo refere-se especificamente a uma Constituição que define a política fundamental, princípios políticos, e estabelece a estrutura, procedimentos, poderes e direitos, de um governo.

Estudar as Constituições que o Brasil já teve, faz com que tomemos consciência dos principais conteúdos da nossa história. A partir dela podemos perceber várias coisas como a economia do país, a sociedade e a política toda em um determinado período em que a Constituição estava em vigor. Assim analisando as constituições desde a independência até os dias de hoje podemos perceber todo o processo de evolução que o Brasil passou.

Ao longo da história o Brasil teve sete Constituições. Algumas foram promulgadas e outras foram outorgadas.

As Constituições promulgadas são consideradas mais democráticas porque têm a participação do povo, através dos seus representantes. Já as Constituições outorgadas são as que foram impostas pelo governo.

Precisamos lembrar que nossas constituições são apenas textos. Se serão meras utopias ou se servirão de indicativos para a conquista de direitos e, conseqüentemente, para a construção de uma sociedade mais justa e digna.

2 Desenvolvimento

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

O Direito Constitucional surge num momento – o final do século XVIII – e num contexto – a Europa Ocidental e a América do Norte – em que o Estado estava firmemente consolidado como forma de organização típica da comunidade política. Como consequência deste fato, a realidade estatal é configurada, desde o princípio, como o marco do Direito Constitucional. Bonavides diz que “a origem da expressão Direito Constitucional, consagrada há mais de um século, prende-se ao triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado Moderno.

A origem e a história do Direito Constitucional estão associadas, portanto, ao surgimento e a evolução do Estado. O Direito Constitucional transforma o Estado/Nação em uma organização jurídico Político fundamental.

Na antiguidade a característica predominante era o governo único para governar as cidades-estados, como no Império Grego e Império Persa até o Império Romano onde tem início uma nova ordem, a ordem estatal.

A característica da Idade Média era o Regime feudal marcado pela concentração de riquezas e pelo predomínio do Direito Romano.

Na Idade Moderna há a predominância do Estado absolutista caracterizado pelo Poder do ilimitado do Rei.

Após a Idade Moderna verifica-se a predominância do Estado Liberal, onde o Estado se encontra sujeito ao império da lei; predomínio da economia privada, do Direito Privado. É com o Estado Intervencionista, em face das múltiplas atividades que o Estado passa a exercer.

A primeira cadeira de Direito Constitucional surge no séc. XVIII por ocasião da Revolução Francesa, com o objetivo de propagar na juventude o sentimento de liberdade, igualdade e fraternidade.

Desde o final da segunda guerra mundial verificou-se, na maior parte dos países, um avanço constitucional sobre o espaço da política tradicional, feita no âmbito do legislativo e do executivo. A supremacia da constituição e a garantia de direitos e garantias fundamentais marcaram o período após a segunda guerra mundial.

Constitucionalismo é como se denomina o movimento social, político e jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as constituições nacionais. Em termos genéricos e supranacionais, constitui-se parte de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado, localizadas no topo da pirâmide normativa, ou seja, sua constituição. Seu estudo implica, deste modo, uma análise concomitante do que seja constituição com suas formas e objetivos. O constitucionalismo moderno, na magistral síntese de Canotilho "é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantir limitação do poder do Estado" (CANOTILHO).

As transformações sociais ocorridas com o constitucionalismo influenciaram de forma definitiva os rumos evolutivos do direito, desconstruindo paradigmas até então existentes, por meio de técnicas hermenêuticas valorativas do conteúdo e da aplicabilidade mais prática das normas, o positivismo veio a surgir assim, como resposta a abstração do direito natural, isto é, uma resposta prática ao idealismo deste.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, e para sua adequada caracterização é necessário a análise dos dois paradigmas anteriores a ele, o jusnaturalismo e o positivismo. Muitas vezes complementares, o positivismo e o jusnaturalismo abarcam ideias que juntas, ajudam a entender como chegamos ao pós-positivismo e posteriormente a sua crise, instaurada em razão das diversas

transformações sociais que levaram à necessidade de rever o papel do Estado na regulação das relações privadas, bem como à revisão dos próprios poderes outorgados.

O ponto central do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do poder judiciário e o espaço que este tem ocupado na política. Atualmente, o Brasil passa por uma crise de identidade entre os poderes legislativo, executivo e judiciário e vem deixando de lado a rígida tripartição de poderes estabelecida por Montesquieu, especialmente, quando o judiciário invade terreno de atuação específica do executivo e principalmente do legislativo.

A expansão judicial tem suscitado críticas e preocupações, gerando inicialmente uma repudia a possibilidade do Poder Judiciário substituir o legislador nas lacunas existentes no ordenamento jurídico, por ser, a tarefa de concretização da Constituição confiada ao Poder Legislativo. Assim, por faltar legitimidade democrática ao poder judiciário, na medida em que juízes e tribunais não têm a condescendência popular por meio da votação, em uma análise preliminar, tanto a divisão de poderes proposta por Montesquieu quanto o postulado da Democracia obstam que o Judiciário possa suprir lacunas eventualmente existentes. Na história das Constituições brasileiras, há uma alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão na aprovação das Cartas, ora impostas, ora aprovadas por assembleias constituintes.

1ª - Constituição de 1824 (Brasil Império)

Apoiado pelo Partido Português, constituído por ricos comerciantes portugueses e altos funcionários públicos, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823 e impôs seu próprio projeto, que se tornou a primeira Constituição do Brasil. Apesar de aprovada por algumas Câmaras Municipais da confiança de D. Pedro I, essa Carta, datada de 25 de março de 1824 e contendo 179 artigos, é considerada pelos historiadores como uma imposição do imperador.

Entre as principais medidas dessa Constituição, destaca-se o fortalecimento do poder pessoal do imperador, com a criação do Poder

Moderador, que estava acima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As províncias passam a ser governadas por presidentes nomeados pelo imperador e as eleições são indiretas e censitárias. O direito ao voto era concedido somente aos homens livres e proprietários, de acordo com seu nível de renda, fixado na quantia líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. Para ser eleito, o cidadão também tinha que comprovar renda mínima proporcional ao cargo pretendido.

Essa foi a Constituição com duração mais longa na história do país, num total de 65 anos.

1.1) Características:

- A monarquia era a forma de governo de caráter hereditário.
- A religião católica era a religião oficial na época.
- O direito de petição era garantido; todo cidadão poderia apresentar, por escrito, reclamações, queixas ou petições, e expor qualquer infração da Constituição Imperial, requerendo perante a autoridade competente responsabilidade dos infratores.
- Além dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) foi criado um novo poder, o Moderador, por Dom Pedro I, conforme o art. 10.

Poder Moderador: Era um poder autoritário que conferia a D. Pedro I poderes como chefe supremo da Nação, além de dar ao Imperador a competência para intervir nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma, conforme o art. 99 previa.

Além de subjugar os três poderes, também instituiu o regime de Padroado, subjugando o poder da igreja católica ao poder do imperador.

O Senado era composto de membros vitalícios, escolhidos pelo próprio Imperador, constituindo uma representação da Aristocracia Imperial.

1.2) Consequências:

- Provocou diversas reações armadas, como exemplo a Revolução Pernambucana de 1824, que proclamou a Confederação do Equador.

- O duelo entre a Nação e o Imperador culminou com a abdicação deste, a 7 de abril de 1831.

A reação do espírito liberal brasileiro corporificou-se, a seguir, na reforma da Constituição Imperial de 1834.

A CONSTITUIÇÃO DE 1891

2ª - Constituição de 1891 (Brasil República)

Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve mudanças significativas no sistema político e econômico do país, com a abolição do trabalho escravo, a ampliação da indústria, o deslocamento de pessoas do meio rural para centros urbanos e o surgimento da inflação. Outra mudança foi o abandono do modelo do parlamentarismo franco-britânico, em proveito do presidencialismo norte-americano.

O marechal Deodoro da Fonseca, proclamador da República e chefe do governo provisório, e Rui Barbosa, seu vice, nomearam uma comissão de cinco pessoas para apresentar um projeto a ser examinado pela futura Assembleia Constituinte. O projeto escolhido vigorou como Constituição Provisória da República até as conclusões da Constituinte.

As principais inovações dessa nova Constituição, datada de 24 de fevereiro de 1891, são: instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo; estabelecimento da independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; criação do sufrágio com menos restrições, impedindo ainda o voto aos mendigos e analfabetos; separação entre a Igreja e o Estado, não sendo mais assegurado à religião católica o status de religião oficial; e instituição do habeas corpus (garantia concedida sempre que alguém estiver sofrendo ou ameaçado de sofrer violência ou coação em seu direito de locomoção – ir, vir, permanecer –, por ilegalidade ou abuso de poder).

2.2) Características:

- Instituiu a forma federativa de Estado e a forma republicana do governo (art. 1º).
- Os poderes voltaram a ser 3, sendo excluído o Poder Moderador, conforme determinação do art. 15: "são órgãos da soberania nacional o poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si".
- O vice-presidente da república era o presidente do senado.
- Não podiam votar os mendigos, os analfabetos, os religiosos de ordem monástica e os militares de baixa patente (art. 70).
- As penas de Galés (pena que sujeitava os condenados a andar com correntes de ferro nos pés, e de banimento judicial foram abolidas).
- Previu-se expressamente o habeas corpus.

2.3) Consequências:

- Separação de Igreja e Estado, não sendo mais assegurada a religião católica o status de religião oficial.
- Estabelecido o direito de culto externo a todas as religiões. (art. 11, inc. 2).

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

3ª - Constituição de 1934 (Segunda República)

Presidido por Getúlio Vargas, o país realiza nova Assembleia Constituinte, instalada em novembro de 1933.

A Constituição, de 16 de julho de 1934, traz a marca getulista das diretrizes sociais e adota as seguintes medidas: maior poder ao governo federal; voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, com direito de voto às mulheres, mas mantendo proibição do voto aos mendigos e analfabetos; criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; criação de leis

trabalhistas, instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas; mandado de segurança e ação popular.

Essa Constituição sofreu três emendas em dezembro de 1935, destinadas a reforçar a segurança do Estado e as atribuições do Poder Executivo, para coibir, segundo o texto, "movimento subversivo das instituições políticas e sociais". Foi a Constituição que vigorou por menos tempo no Brasil: apenas três anos.

3.1) Características:

- Determinou-se a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.
- Instituiu-se o salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador, ou seja, jornada de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas.
- Houve uma reforma eleitoral com a introdução do voto secreto e do voto feminino.

3.2) Consequências:

- O Supremo Tribunal Federal passou a chamar-se de Corte Suprema.
- Foi criado o mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestante inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

A CONSTITUIÇÃO DE 1937

4ª - Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado e assumiu poderes ditatoriais. Ele revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos

partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937.

Entre as principais medidas adotadas, destacam-se: instituição da pena de morte; supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; prisão e exílio de opositores do governo; e eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos.

Com a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, as ditaduras direitistas internacionais entraram em crise e o Brasil sofreu as consequências da derrocada do nazifascismo. Getúlio Vargas tentou, em vão, permanecer no poder, mas a grande reação popular, com apoio das Forças Armadas, resultou na entrega do poder ao então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), José Linhares, após a deposição de Vargas, ocorrida em 29 de outubro de 1945.

O novo presidente constituiu outro ministério e revogou o artigo 167 da Constituição, que adotava o estado de emergência, acabando também com o Tribunal de Segurança Constitucional. Ao fim de 1945, as eleições realizadas para a Presidência da República deram vitória ao general Eurico Gaspar Dutra, empossado em 31 de outubro de 1946, que governou o país por decretos-lei, enquanto preparava-se uma nova Constituição.

4.1) Características:

- Nesse período foram instituídos os seguintes documentos legais em vigor até hoje: Código Penal, Código de Processo Penal, Leis das Contravenções Penais e consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).
- Foi determinado em todo o Brasil estado de emergência que perdurou durante todo o Estado Novo.
- Pelo art. 178, os parlamentos foram fechados e as eleições suspensas. O chefe de Estado exercia a função legislativa, por intermédio das leis constitucionais e dos decretos-leis.

4.2) Consequências:

- Reduziu a esfera dos direitos individuais, desconstitucionalizando o mandado de segurança e a ação popular.
- Foram abolidos os partidos políticos e a liberdade de imprensa.
- Pelo fato de ser um regime ditatorial, houve uma excessiva perseguição aos opositores do governo.

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

5ª - Constituição de 1946

Essa Constituição, datada de 18 de setembro de 1946, retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada de forma legal, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte.

Entre as medidas adotadas, estão o restabelecimento dos direitos individuais, o fim da censura e da pena de morte. A Carta também devolveu a independência ao Executivo, Legislativo e Judiciário e restabeleceu o equilíbrio entre esses poderes, além de dar autonomia a estados e municípios. Outra medida foi a instituição de eleição direta para presidente da República, com mandato de cinco anos.

As demais normas estabelecidas por essa Constituição foram: incorporação da Justiça do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos ao Poder Judiciário; pluralidade partidária; direito de greve e livre associação sindical; e condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social, possibilitando a desapropriação por interesse social.

Destaca-se, entre as emendas promulgadas à Carta de 1946, o chamado ato adicional, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o regime parlamentarista. Essa emenda foi motivada pela crise político-militar após a renúncia de Jânio Quadros, então presidente do país. Como essa emenda previa consulta popular posterior, por meio de plebiscito, realizado em janeiro de 1963, o país retomou o regime presidencialista, escolhido pela

população, restaurando, portanto, os poderes tradicionais conferidos ao presidente da República.

Em 1964, o golpe militar derrubou João Goulart e conduziu o país a uma nova ditadura.

5.1) Características:

- A justiça do trabalho foi constitucionalizada e passou a ser um ramo do poder judiciário.
- Para estabelecimento de impostos, era necessária lei prévia obrigatória (princípio da legalidade tributária).
- Os juízes e tribunais só podiam ser naturais, ficando vedado os juízes de exceção. O foro privilegiado ficou proibido.
- A retroatividade da lei Penal ficou vedada.
- A extradição de brasileiro ou estrangeiro por crime político ou de opinião não seria deferida.

5.2) Consequências:

- O Tribunal do Júri voltou a ter previsão constitucional.
- Foi garantida a assistência judiciária para os necessitados.

Com o fim das eleições assumiu a presidência do Brasil o General Eurico Gaspar Dutra, iniciando os trabalhos para elaboração de uma nova constituição.

Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, ocorreu uma crise inconstitucional que culminou com a implementação do parlamentarismo no país por meio da Emenda Constitucional nº. 4 de 02 de setembro de 1961. Assumindo o cargo de primeiro ministro Tancredo Neves, tomando assim a presidência da república João Goulart. Através de referendo popular em janeiro de 1963, o parlamentarismo foi afastado do sistema político brasileiro.

A CONSTITUIÇÃO DE 1967

6ª - Constituição de 1967

O contexto predominante nessa época era o autoritarismo e a política da chamada segurança nacional, que visava combater inimigos internos ao regime, rotulados de subversivos. Instalado em 1964, o regime militar conservou o Congresso Nacional, mas dominava e controlava o Legislativo. Dessa forma, o Executivo encaminhou ao Congresso uma proposta de Constituição que foi aprovada pelos parlamentares e promulgada no dia 24 de janeiro de 1967.

Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados

Essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares.

Um desses atos, o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano e o recesso dos mandatos de senadores, deputados e vereadores, que passaram a receber somente a parte fixa de seus subsídios. Entre outras medidas do AI-5, destacam-se: suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do habeas corpus para os chamados crimes políticos; decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e autorização para intervenção em estados e municípios. O AI-5 foi revogado em 1978.

6.1) Características:

- Competia à União a apuração das infrações penais contra a segurança nacional e a ordem política e social, bem como determinar a censura em diversões públicas.
- O Presidente da República podia expedir decretos com força de Lei sobre matéria de segurança nacional e finanças públicas.
- O Ministério Público era uma seção conjugada ao poder Judiciário.
- Toda pessoa natural ou jurídica era responsável pela segurança nacional.

6.2) Consequências:

- Reduziu a autonomia dos municípios estabelecendo a nomeação de prefeitos de alguns municípios pelo governador.
- Houve uma criação de suspensão de direitos políticos e individuais.
- Baseou toda a estrutura de poder na segurança nacional.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em 27 de novembro de 1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar novo texto constitucional para expressar a realidade social pela qual passava o país, que vivia um processo de redemocratização após o término do regime militar.

Após o Brasil ter passado por um grande período de ditadura militar, que percorreu dos anos de 1964 a 1985, o país se via em um novo processo de redemocratização onde se via a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que haviam sido retirados deles durante o processo ditatorial. Quando José Sarney assumiu a presidência logo após a morte de Tancredo Neves, presidente eleito que sequer chegou a assumir a cadeira presidencial, ele informou que um novo processo de redemocratização seria instaurado em seu mandato, porém o que muitos não imaginavam era que de fato ele realmente iria dar início a este processo.

No ano de 1988 acontecia no país o marco que definiria o Brasil como, novamente, um país democrático. No dia 5 de outubro era promulgada a Constituição Federal, que tinha como objetivo garantir os direitos sociais, econômicos, políticos e culturais que desde o período anterior haviam sido suspensos pelos governos no período da ditadura. Também conhecida como a Constituição Cidadã, ela foi a sétima na história do Brasil desde que ele passou pela independência, e foi elaborada por 558 constituintes durante um período de 20 meses. Considerada como a mais completa dentre todas as já existentes, ela recebeu algumas críticas em provimento a sua extensa elaboração, com um número infinito de artigos que de certa forma deixavam algumas brechas, uma outra coisa importante de se citar é que foi ela quem de fato trouxe novamente o povo ao jogo político, deixando que eles participassem das decisões dos órgãos de estado. Para que ela fosse finalizada sofreu 67 emendas e mais 6 emendas de revisão, sendo assim a que mais passou por esse processo na história da constituição brasileira. Ela possui 245 artigos que se divide em nove títulos.

A Constituição de 1988 inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais.

A Carta Magna de 1988 está dividida em títulos que se dividem de acordo com as atribuições de seus artigos. Cada título traz aqueles artigos referentes a determinada área, ou princípio, para que seja mais fácil subdividir todas as características que regimentariam a sociedade brasileira a partir daquele momento. Os títulos são:

Título I – Princípios Fundamentais

Título II – Direitos e Garantias Fundamentais

Título III – Organização do Estado

Título IV – Organização dos Poderes

Título V – Defesa do Estado e das Instituições Democráticas

Título VI – Tributação e Orçamento

Título VII – Ordem Econômica e Financeira

Título VIII – Ordem Social

Título IX – Disposições Constitucionais Gerais

Uma forte e importante característica que não pode deixar de ser citada foi a divisão dos três poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário, que mesmo sendo independentes possuem responsabilidades de controle recíprocos entre eles.

Em 1993 aconteceu a ratificação do regime presidencialista através de um plebiscito, que dava ao presidente da República o poder de comandar a administração do executivo federal por meio de eleições diretas que contariam com a participação de toda a população, desde que já possuísse mais de 16 anos. Os setores municipais e estaduais também passariam a ter seus representantes escolhido da mesma forma, com o voto popular.

A imprensa voltava a ser livre, depois de anos de repressão e censura, e os indígenas e povos quilombolas conseguiram o direito a ter suas terras demarcadas, voltando a habitar em seus locais de origem como antigamente. A Carta Magna também garantia que todo cidadão brasileiro tinha direito a saúde e a educação, trazendo para a sociedade uma nova fase, onde agora, o povo tinha direitos que, no papel, fazia com que todos fossem iguais perante a lei.

A Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos. Estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de um terço do salário.

Outras medidas adotadas Constituição de 88 foram: instituição de eleições majoritárias em dois turnos; direito à greve e liberdade sindical; aumento da licença-maternidade de três para quatro meses; licença-paternidade de cinco dias; criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; criação dos mandados de

injunção, de segurança coletivo e restabelecimento do habeas corpus. Foi também criado o habeas data (instrumento que garante o direito de informações relativas à pessoa do interessado, mantidas em registros de entidades governamentais ou banco de dados particulares que tenham caráter público).

Destacam-se ainda as seguintes mudanças; reforma no sistema tributário e na repartição das receitas tributárias federais, com propósito de fortalecer estados e municípios; reformas na ordem econômica e social, com instituição de política agrícola e fundiária e regras para o sistema financeiro nacional; leis de proteção ao meio ambiente; fim da censura em rádios, TVs, teatros, jornais e demais meios de comunicação; e alterações na legislação sobre seguridade e assistência social.

Características:

- Os alicerces da República Federativa do Brasil são: a Soberania, Cidadania, Dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.
- Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.
- Estabeleceu a faculdade do exercício do direito de voto ao analfabeto e os jovens entre 16 e 17 anos.
- Estabeleceu novos direitos trabalhistas.

Formal — possui dispositivos que não são normas essencialmente constitucionais

Escrita — apresenta-se em um documento sistematizado dentro de cada parâmetro

Promulgada — elaborada por um poder constituído democraticamente

Rígida — não é facilmente alterada. Exige um processo legislativo mais elaborado, consensual e solene para a elaboração de emendas

constitucionais do que o processo comum exigido para todas as demais espécies normativas legais. Alguns autores a classificam como super-rígida.

Analítica — descreve em pormenores todas as normas estatais e direitos e garantias por ela estabelecidas

Dogmática — constituída por uma assembleia nacional constituinte

Consequências:

- Poder Judiciário voltou a ter independência, com autonomia funcional administrativa e financeira.

- Fim da censura.

A opção do constituinte brasileiro foi pela formação de vinte e quatro subcomissões incumbidas de dar início à elaboração da futura Constituição.

O erro fundamental da Constituinte, segundo Celso Ribeiro Bastos, foi a “pulverização dos seus trabalhos em múltiplas subcomissões que eram obrigadas a trabalhar sem que tivesse havido qualquer aprovação prévia de diretrizes fundamentais. Isto conduzia necessariamente as subcomissões a enveredarem por um trabalho detalhista, minucioso e, o que é mais grave, receptivo a reclamos e pleitos vindos de todos os rincões da sociedade.

Era impositivo constitucional que qualquer decisão demandaria a maioria absoluta, mesmo que já contasse com a aprovação de alguma comissão.

Segue-se um longo período de deliberações onde são tomadas decisões de grande impacto nacional, como a questão da reforma agrária, onde foram travadas, por vezes difíceis negociações, como a definição de empresa nacional, a nacionalização da atividade mineral, anistia aos devedores da época do Plano Cruzado.

Chega-se ao fim, depois de muita discussão e num clima de cansaço e ansiedade frente às eleições municipais que se aproximavam.

Em torno da Assembleia Nacional Constituinte se travaram as grandes batalhas políticas do ano: liberalismo versus estatismo, presidencialismo versus parlamentarismo, direitos sociais versus direitos individuais.

A heterogeneidade da Constituição Federal de modo algum a invalidava como instrumento de regulamentação social; espelhava simplesmente o pluralismo da sociedade brasileira.

A constituição gerou-se em meio à crise econômica: a acelerada alta dos preços, os déficits da União, dos Estados e dos Municípios e, finalmente, a dívida externa.

Ao longo dos debates e das votações, por exemplo, foi constante e forte a presença das forças armadas, que lutaram com êxito por uma série de posições.

Ganho dos Militares:

- Continuação dos Ministérios do Exército, da Marinha e da Aeronáutica;
- Manutenção da dupla função dos militares.

Antes de ir à televisão para denunciar o projeto aprovado, o presidente José Sarney reuniu os ministros militares. Considerava que o texto inviabilizava a administração federal devido ao montante de encargos novos que criava e à redução de suas fontes de receita. O mesmo ocorreu quando se colocou em votação o regime de governo; a presença militar em favor do presidencialismo foi tamanha que a imprensa chegou a interpretá-la como um golpe militar branco contra a constituinte.

Pressões, partiram não só dos militares, mas também dos empresários, proprietários de terras, organizações sindicais, grupos religiosos e muitos outros.

A participação popular contribuiu para aproximar o resultado final dos interessados e preferências populares, mas também reforçou a tendência ao detalhismo. A carta promulgada a 5-X-1988 dispunha sobre questões que, a rigor, se enquadrariam melhor na legislação ordinária.

Deixar matérias importantes à legislação ordinária muitas vezes resultaria em reduzir a letra morta, por antecipação, os dispositivos reguladores, a exemplo dos art.231 e art. 7º, XVII.

Uma das esperanças da esquerda era aprovar dispositivos que facilitassem a divisão das grandes propriedades improdutivas ou que produzissem de forma contrária ao interesse social, bem como dispositivos que, de modo geral, abrissem caminho para a reforma agrária.

O texto aprovado (artigos 184 a 191) tornou insuscetível de desaprovação, para fins de reforma agrária (artigo 185, inciso II), a “propriedade produtiva”, que não foi definida.

A constituição manteve, por exemplo, a proibição dos contratos de risco para prospecção e exploração de petróleo.

A constituição também nacionalizou os recursos minerais do país, jazidas, minas e o potencial de energia hidráulica passaram à posse da União, que só poderia autorizar a pesquisa e exploração empresas brasileiras de capital nacional, conforme definidas pelo artigo 171, inciso II.

O baixo número de votos contrários não impediu severas críticas a esses dispositivos, denunciados pelos conservadores como xenófobos e nocivos ao desenvolvimento nacional - argumento neoliberal.

Os Estados, antes profundamente dependentes da União do ponto de vista financeiro, ganharam uma parcela bem maior do orçamento federal, além de um adicional de 5% sobre o imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas.

Instituiu-se um sistema único de saúde pública, onde a medicina privada poderia participar completamente. Medida que provocou acesas polêmicas foi a proibição do comércio do sangue, aliás já vedado por lei ordinária. A educação ganhou o direito a, no mínimo, 18% da receita de impostos da União e 25% dos estados e municípios.

Ganhou-se também a coexistência do ensino público com o privado. A censura foi abolida para a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (artigo 5º, inciso IX).

Liberalismo na área da cultura, um misto de liberalismo e nacionalismo na área econômica, ênfase social na legislação trabalhista e previdenciária. Assim ficou a Constituição Brasileira de 1988.

A proteção dos direitos humanos, já acolhidos na constituição de 1946, como o Habeas-corpus. Criou-se o Habeas-data, instrumento pelo qual o cidadão pode cobrar e obter da arquivos públicos e privados informações a seu próprio respeito. Para suprir a falta de leis que viabilizassem e exercício de direitos constitucionais, o artigo 5o, inciso LXXI, consagrou o mandato de injunção, figura surgida no direito inglês em fins do século XIV. A constituição definiu como crimes inafiançáveis a tortura, o racismo e o terrorismo contra a ordem constitucionais e o estado democrático. A prisão só poderia ser efetuada por ordem judicial ou em flagrante delito, aboliu-se a identificação criminal dactiloscópica para o cidadão de posse de seus documentos.

O presidencialismo acabou aprovado, assim como os cinco anos de mandato (em 1987 aprovava-se o parlamentarismo e quatro anos para Sarney). Na versão presidencialista afinal aprovada, o Congresso não só recuperou poderes abocanhados pelo regime autoritário, mas ganhou prerrogativas novas. Aboliu-se o decreto-lei, instrumento anômalo do Executivo. Devolveu-se ao legislativo o poder de apreciar o orçamento da União e definir suas prioridades, bem como o de tomar decisões sobre matéria econômico-financeira de modo geral. Além disso, uma série de nomeações, como a dos diretores do Banco Central e do Procurador-Geral da República, passaram a depender de autorização do Congresso, que ainda nomearia seis dos nove ministros do Tribunal de Contas da União.

Em julho, a imprensa denunciou um plano cujo objetivo seria arregimentar apoio rejeitar em bloco a versão resultante do primeiro turno das votações, de modo a devolver os trabalhos constitucionais à estaca zero. Na Assembleia Constituinte, seu presidente, deputado Ulisses Guimarães, declarou a 13-VII-1988 que "somente um louco" tentaria

desestabilizar os trabalhos constitucionais, e acrescentou: "Quem ficar contra a Constituição estará contra o Brasil".

O presidente Sarney, a 26 de julho, por cadeia nacional de rádio e televisão, pintou o quadro dramático de um país ingovernável devido a contradições em sua lei básica, e condenado à falência por obrigações sociais superiores a seus recursos. A Assembleia Constituinte ignorou o drama e as ameaças e, menos de 24 horas depois, aprovou o projeto, em clima de festa cívica, por 403 votos contra 13 e 55 abstenções. Depois disso, a aprovação final, no segundo turno, foi relativamente tranquila.

A atual Constituição vigente contém 250 artigos, 114 artigos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e recebeu 96 emendas desde a sua vigência em 5 de outubro de 1988 até 6 de junho de 2017.

No que se refere a Constituição de 1988, destaque-se a influência direta no seu texto, do jurista português Gomes Canotilho, e do jus filósofo socialista espanhol Elias Diaz.

É a constituição mais emendada de todas as que já tivemos salvo a de 1967, que foi totalmente reescrita em 1969 com uma canetada da Junta Militar que governava o país durante o regime de exceção.

A Carta de 1988, quando recém-nascida, já previa uma revisão e se manteve preservada em seus primeiros anos. Dali para nunca mais. Considerando-se desde que passou a ser emendada, a média já é de quase quatro modificações ao ano.

Desde a Constituição de 1946 até hoje, 96% das propostas de emenda (PEC) e cerca de dois terços das emendas promulgadas (EC) são provenientes do período pós-1988.

Do Fundo Social de Emergência – que, de provisório, tornou-se a eterna Desvinculação de Receitas da União – à criação do "imposto da gasolina" (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, a Cide); da reforma da Previdência à proposta de tornar a rinhas de galo um direito; do congelamento de gastos por 20 anos à "PEC da bengala".

A Constituição é tão defeituosa e imperfeita, que antes de completar trinta anos está sendo remendada continuamente por Emendas uma atrás da outra, transformando-se em colcha de retalhos de cada vez mais difícil interpretação e quando leis, da maior à menor, necessitam muita interpretação se engrandece desmedidamente o poder do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais poderes.

Os Estados Unidos da América do Norte mantêm a mesma Constituição Republicana e Presidencialista de 1787 com 7 artigos e 27 emendas, em igual e mesmo período, o Brasil já foi de tudo: Colônia, Império, República Presidencialista, Ditadura Civil, Ditadura Militar, República Parlamentarista e até Democracia, sempre com Constituições que pouco refletiram a verdadeira pauta de valores desejados pelo povo, o único detentor legítimo daquele poder capaz de criar e/ou derrubar uma Constituição.

O descaso com a construção do Estado Nacional se reflete hoje no enfraquecimento geopolítico do País, que não consegue se impor sequer na sua vizinhança. Ninguém teme o Brasil, e o Estado que não é temido não é respeitado.

A afirmação do Estado Nacional não é cogitada como algo necessário. Promíscuas colaborações de agentes do Estado brasileiro com o Departamento de Justiça dos EUA são oferecidas gratuitamente para se voltarem no momento seguinte contra o próprio Estado que sustenta esses agentes, sem que estes atentem quais os interesses geopolíticos do Estado brasileiro. Um país periférico, como a Bolívia, ousa nacionalizar propriedades de uma estatal brasileira sem nenhum receio de represálias, algo que o Império e a República na sua formação jamais tolerariam. O Brasil é convidado a ser um dos participantes de Conferência Internacional de potências sobre a questão síria, sem que respondesse afirmativamente, sendo o Brasil o país onde vive a maior diáspora síria entre todos os países do planeta.

Absteve-se de participar de um momento crucial de seu fortalecimento geopolítico, como país-potência, enquanto, ao mesmo tempo, pleiteia ser membro do Conselho de Segurança, como se isso fosse

apenas uma posição honorífica e não implicasse em responsabilidades ativas de ser um player das questões globais, correndo riscos e definindo posições claras e assumindo suas consequências.

Essa afirmação do Estado Nacional é afastada hoje, mais do que nunca, pela transferência de importante parcela do poder político do Congresso para o Poder Judiciário e para o Ministério Público, ativos como nunca em ocuparem vácuos de poder que foram abandonados pelo Executivo e pelo Legislativo. Essa invasão de competências pela máquina judiciária significa um esfacelamento do Estado Nacional cada vez menos poderoso e mais esfacelado em ilhas de poder que ocupam espaços, que desde a formação do Estado, em 1822, foram detidos pelo Chefe de Estado.

Na realidade, o substrato da Constituição de 88 foi criar uma barreira antimilitar como reação ao regime de 1964. Erraram na dose, criaram uma usina de direitos infinitos e nenhum dever. O resultado está nesta crise absurda, em grande parte produto dessa Constituição que montou uma plataforma onde qualquer Presidente jamais terá base parlamentar própria e, para tentar governar, precisa se compor com duas ou três dezenas de partidos, retalhando em pedaços um Governo que não funcionará com um mínimo de organicidade e eficiência.

Algumas das diversas críticas desferidas contra a Carta de 1988, entretanto, os avanços e conquistas foram muitos.

Ela marca o fim legal de um governo ditatorial, e a reinstalação democrática como um dos maiores princípios do Estado brasileiro. Esta é considerada a mais completa dentre todas as constituições brasileiras que já existiram principalmente no que diz respeito ao direito do cidadão.

A constituição de 1988 apresenta uma série de mudanças: dentre as principais conquistas trazidas para os cidadãos, está o direito ao voto para os analfabetos e o restabelecimento das eleições diretas para presidente da república, governadores de estados e prefeitos municipais. Assim como o fim da censura aos meios de comunicação.

Representa um marco na história do Brasil, uma vez que foi construída sob o eixo dos princípios dos direitos humanos e a partir dos quais se

definem as responsabilidades do Estado. Incorpora um significativo avanço no direito da mulher. Existindo a lei do planejamento familiar, garantindo o direito à esterilização. E a aprovação de uma lei específica contra a violência doméstica – a Lei Maria da Penha.

É considerada a mais democrática da história, pois teve a participação do povo, através dos sindicatos, entidades religiosas e outros segmentos sociais. Outra significativa mudança foi com relação às práticas de racismo, que passaram a ser crime inafiançável com pena de reclusão, a cultura indígena foi reconhecida e houve definição do direito à terra, reservadas aos índios.

A preocupação com a diversidade, em que a classe trabalhadora, as etnias, as mulheres, as crianças, enfim os ventos do direito e da liberdade passaram a soprar para todos.

Conclusão

A constituição é o texto fundamental que organiza a estrutura política de um país, descreve os poderes do estado e aponta suas limitações. Desde a independência, o Brasil já teve sete constituições. A Constituição em vigor, conhecida por "Constituição Cidadã", é a sétima adotada no país e tem como um de seus fundamentos dar maior liberdade e direitos ao cidadão - reduzidos durante o regime militar - e manter o Estado como república presidencialista. As Constituições anteriores são as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

Na história das Constituições brasileiras, há uma alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão na aprovação das Cartas, ora impostas, ora aprovadas por assembleias constituintes. As mudanças constitucionais, em geral, ocorrem no contexto de importantes modificações sociais e políticas do país.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional

no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, [ano 10, n. 851, 1 nov. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 05 de out de 2012

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil**. Janeiro/Fevereiro de 2009, disponível em . Acesso em: 10 de fev de 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Compilação pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A Invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 271-312.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 73-114.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AS DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SEGUINTE INSTITUTOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO: HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA, IMUNIDADE, ISENÇÃO E ALÍQUOTA ZERO

MAURÍCIO ROSSI: Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhangera - UNIDERP, Membro da Advocacia-Geral. Graduado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões: URI Campus de Erechim/RS.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a diferença conceitual entre os institutos da não-incidência, imunidade, isenção e alíquota zero. Pretende-se apontar os principais aspectos de cada tema, suas semelhanças e possíveis diferenças. Ao final, será demonstrada a principal linha comum entre os conteúdos estudados. Para tanto, utilizou-se da metodologia de pesquisas bibliográficas e normativas, trazendo opiniões de pesquisadores e doutrinadores que dominam o ramo em estudo.

PALAVRAS-CHAVES: Institutos correlatos. Hipóteses de não incidência. Imunidade. Isenção. Alíquota zero.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Não incidência x Imunidade x Isenção x Alíquota zero. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O estudo se iniciará com a abordagem da isenção, citando-se o dispositivo infraconstitucional que a prevê. Após, serão levantados apontamentos cruciais sobre o entendimento da hipótese de não incidência. Em seguida, será trazida à proposta as considerações sobre tema da alíquota zero, exemplificando casos em que há a sua ocorrência. Por fim, será abordado o instituto da imunidade, conceituando-o.

Diante do poder atribuído pela Constituição da República Federativa Brasileira aos sujeitos ativos da relação jurídico-tributária (entes políticos), no sentido de exercer a função de exação, estes institutos contrapõem a ideia de tributar, fornecendo ao contribuinte o direito de permanecer inerte quanto ao recolhimento do tributo.

2. NÃO INCIDÊNCIA X IMUNIDADE X ISENÇÃO X ALÍQUOTA ZERO

A isenção é considerada uma forma de excluir o crédito tributário. Está prevista no artigo 175 do Código Tributário Nacional:

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

II - a anistia.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

A isenção dispensa o pagamento do tributo, enquanto a anistia dispensa o pagamento da multa. São as duas únicas espécies de exclusão do crédito tributário. “A isenção e a anistia são normas desonerativas de deveres patrimoniais do contribuinte, atingindo-se o tributo, no caso de uma lei isentante (isencional ou isentiva) ou a multa (no caso de uma lei anistiadora).” (SABBAG, 2011, p. 881).

Não se pode confundir isenção com hipótese de incidência, tampouco com imunidade e alíquota zero. “Basicamente, três diferentes institutos jurídicos podem excepcionar a regra, que é o pagamento do tributo. São eles: a não incidência (que abrange as imunidades); a isenção; e a fixação de alíquota zero” (ALEXANDRE, 2009, p. 158). “O resultado final de todas elas é a desoneração tributária. Ocorrendo qualquer das hipóteses, não se configura a obrigação de pagar tributo” (DIFINI, 2008, p. 103). Fundamental compreender, portanto, que a ocorrência de qualquer um dos institutos listados produz a mesma consequência, qual seja, o não pagamento do tributo.

O fenômeno da não-incidência refere-se àquelas situações em que o fato não é abrangido por normas tributárias. A ocorrência ou não da situação é indiferente para as normas tributárias, não gerando efeitos. “Não há lei criando obrigação de pagar tributo pela ocorrência daquele fato. A situação continua sendo mero fato da vida. Não há incidência, o fato não se juridiciza e não se torna fato imponible” (DIFINI, 2008, p. 103). Um exemplo pode elucidar melhor o tema. “O imposto de importação, por exemplo, em como hipótese de incidência a entrada de produtos estrangeiros no território nacional (CTN, art. 19). Assim, qualquer fato não compreendido nessa hipótese constitui caso de não incidência do tributo” (MACHADO, 2004, p. 217). Para o direito tributário, a ocorrência do fato não é importante.

Conforme afirma o brilhante jurista Leandro Paulsen, a hipótese de não incidência configura-se quando, apesar de o ente público ter a competência para instituir o tributo, pois há previsão anterior permitindo-o criá-lo naquela determinada situação, decide por não prever a exação em lei infraconstitucional:

É importante ter bem claro, ainda, que é a lei instituidora do tributo, normalmente lei ordinária, que define sua incidência, e não a norma de competência. Pode-se afirmar, com razão, que: “O constituinte não cria tributo. Ele apenas autoriza sua criação, a qual se dá por meio de uma lei. É o legislador quem, atuando dentro de sua competência, decide se o tributo será, ou não, instituído. [...] Fica clara, entretanto, a ideia de que, se o legislador não contemplou a hipótese, está ela fora do campo de incidência (está na não incidência), ainda que possa estar no campo de competência. Somente a lei cria a incidência” (PAULSEN, 2017, p. 206-207)

A não incidência pode ser, segundo o brilhante professor Hugo de Brito Machado:

Pura e simples, se resulta da clara inocorrência do suporte fático da regra de tributação; ou *juridicamente qualificada*, se existe regra jurídica expressa dizendo que não se configura, no caso, a hipótese de incidência tributária. A não incidência, mesmo quando juridicamente qualificada, não se confunde com a isenção, por ser mera explicitação que o legislador faz, para maior clareza, de que não se configura, naquele caso, a hipótese de incidência. A rigor, a norma que faz tal explicitação poderia deixar de existir sem que nada se alterasse (MACHADO, 2004, p. 218, grifo do autor).

Já a isenção é a dispensa legal de pagamento. Em primeiro lugar há uma lei instituído o tributo sobre determinada situação. Posteriormente, há uma lei dispensando parcela ou a totalidade deste suporte fático da incidência da norma tributária. O entendimento é visto nesta passagem:

A isenção, de outro lado, pressupõe a incidência da norma tributária impositiva. Não incidisse, não surgiria qualquer obrigação, não havendo a necessidade de lei para a exclusão do crédito. Esta sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicariam o dever de pagamento do tributo (PAULSEN, 2008, p. 180).

Nota-se que obrigatoriamente deverá haver lei instituindo o tributo para depois legiferar-se no sentido de dispensar o seu pagamento. Caso não haja lei posterior no sentido de isentar o pagamento do tributo, este incidirá normalmente.

Em relação à alíquota zero, o ente cria o tributo, o fato gerador ocorre, porém não é devido o pagamento visto que a alíquota é zero. “A alíquota zero, por fim, não constitui caso de exclusão do crédito tributário, mas de estabelecimento do seu aspecto quantitativo de tal modo que a expressão econômica da obrigação seja nula” (PAULSEN, 2008, p. 180).

Ainda, segundo Leandro Paulsen:

A **alíquota zero** corresponde ao estabelecimento de alíquota nula, resultando em tributo sem nenhuma expressão econômica. Zero ponto percentual sobre qualquer base resultará sempre em zero. Desse modo, embora instituído o tributo e ocorrido o fato gerador, o valor apurado será zero, e nada será devido. (PAULSEN, 2017, p. 270)

Geralmente, os casos de alíquota zero se referem aos tributos regulatórios, como, por exemplo, IPI e II, quando por ato do Poder Executivo é possível alterar sua alíquota. “Em determinados momentos, querendo incentivar certa atividade, o Presidente da República pode optar por diminuir a alíquota de um destes tributos a zero (desde que esse percentual esteja dentro dos limites estipulados em lei)” (ALEXANDRE, 2009, p. 160). Nada melhor que um exemplo para trazer melhor compreensão. “A título de exemplo, é normal que a alíquota do imposto de exportação da imensa maioria das mercadorias seja reduzida a zero, como parte da política de incentivo à exportação” (ALEXANDRE, 2009, p. 160). É possível notar que a alíquota zero tem vez quando o Poder Público deseja fomentar determinada atividade.

Por fim, a imunidade estabelece-se como uma previsão constitucional de que determinada situação não poderá ser tributada, ou seja, de que sobre ela é vedada a incidência de normas tributárias. “Imunidade é o obstáculo criado por uma norma da Constituição que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas” (MACHADO, 2004, p. 218). A fim de se entender estudo apresenta-se o presente exemplo:

Para ajudar a compreensão, pode-se imaginar um conjunto em que estejam incluídos todos os veículos automotores licenciados no Estado do Rio de Janeiro. O art. 155, III, da CF, ao conferir aos Estados a competência para instituir o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, acaba por

afirmar que o Estado do Rio de Janeiro tem competência para criar IPVA sobre os veículos integrantes do conjunto proposto. Agora, atente-se para a regra constante no art. 150, IV, *a*, da CF. ela impede que os entes tributantes instituíam impostos sobre patrimônio, renda e serviços uns dos outros. Como consequência, o Estado do Rio de Janeiro não pode instituir IPVA sobre veículos que, mesmo licenciados dentro do seu território, pertençam aos Municípios, outros Estados, ao Distrito Federal ou à União. O desdém da competência tributária do Estado do Rio de Janeiro está, portanto, alterado. Percebe-se que o conjunto de veículos automotores pertencentes a entes federados e licenciados no Rio de Janeiro é subconjunto do primeiro conjunto proposto, este integrado por todos os veículos automotores licenciados no Estado. Assim, a visualização gráfica da delimitação da competência do Estado do Rio de Janeiro é alterada, o que demonstra com precisão que as normas imunizantes são regras que atuam no âmbito da delimitação de competência, e não de seu exercício (ALEXANDRE, 2009, p. 160-161).

Veja-se que a Constituição acaba delimitando a competência do ente tributante, não o permitindo que elabore leis tributárias nos casos vedados. Neste sentido, afirma Ricardo Alexandre (2009, p. 160) que “as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos”. Portanto, a principal diferença entre isenção e imunidade é de que a primeira está sempre prevista em lei, já a segunda está sempre prevista na Constituição, pouco importando a denominação que o texto constitucional tenha lhe dado. “A isenção opera no âmbito do exercício da competência, enquanto a imunidade, como visto, opera no âmbito da própria delimitação de competência” (ALEXANDRE, 2009, p. 161). A imunidade faz com que o ente não tenha permissão para a criação do tributo.

Da análise dos quatro institutos assemelhados, Leandro Paulsen conclui que:

Em suma, a imunidade é norma negativa de competência constante do texto constitucional, enquanto a não-incidência decore da simples ausência de subsunção, a isenção emana do ente tributante que, tendo instituído um tributo no exercício de sua competência, decide abrir mão de exigí-lo de determinada pessoa ou em determinada situação e a alíquota zero implica obrigação sem expressão econômica (PAULSEN, 2008, p. 180).

Pode-se ver que são regras muito próximas, que geram o mesmo efeito (não-pagamento), porém cada instituto com sua peculiaridade.

3. CONCLUSÃO

Face a argumentação exposta, foi possível observar que, apesar da diferença conceitual entre os institutos estudados, o efeito prático, ao olhar do contribuinte, é basicamente o mesmo, qual seja, a desnecessidade de efetuar o pagamento ao fisco. Trata-se de tema de importante conhecimento para a sociedade, visto que visa esclarecer ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária os seus deveres e direitos perante o ente que detém poder de definir as regras de exação.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, 25 de outubro de 1966.

CAMERA, José Augusto Vieira. **A observância do princípio da anterioridade na revogação de uma isenção incondicionada. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1811, 16 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11357>>. Acesso em: 25 jul. 2013. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

EXCLUSÃO DO PIS DA COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO: (IN)COERÊNCIA JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA

LESLIÊ FIAIS MOURAD: Advogada tributarista. sócia do Fernando Quércia Advogados Associados, especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária (CEU) e graduada pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Foi amplamente divulgada e debatida, nos meios jurídico e empresarial, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com foros de “repercussão geral”, no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) n. 574.076, por força da qual fora reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

A despeito de remanescerem vívidas discussões respeitantes à precisão técnica da orientação, certo é que a tomada de posição pelo STF teve inevitáveis consequências lógicas para casos análogos, no bojo dos quais se discute a viabilidade da inclusão de quaisquer valores de tributos nas bases de cálculo próprias e das demais exações.

Nesse cenário, produtivos debates têm surgido acerca da legitimidade da consideração, por exemplo, da CSLL na base imponível do IRPJ, do ICMS nos montantes de imputação do IRPJ e da CSLL, do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e, ainda, do PIS e da COFINS no montante imponível do ICMS – sem prejuízo de todas as outras possibilidades viabilizadas, na prática, pela teia legal de incidência cruzada dos tributos.

Embora, em relação ao ICMS, seja antiga a celeuma condizente à inserção do imposto em sua própria base de cálculo, o assunto tem voltado à carga, recentemente, no que respeita às exações cuja incidência perpassa o delineamento dos controversos conceitos de faturamento, receita bruta e lucro – direta ou indiretamente ligados à tese central admitida no bojo do RE n. 574.076.

Explique-se.

Passado em revista o acórdão de julgamento do mencionado RE n. 574.076, não é árduo dessumir que o principal argumento considerado pelo STF fora aquele segundo o qual não se podem confundir, para fins fiscais, as abrangências das noções de faturamento, receita e ingresso, sob pena de desvirtuamento das materialidades e das competências tributárias sedimentadas em sede constitucional. Nesse sentido, entradas pecuniárias destinados a compor futuros recolhimentos de ICMS, atinentes a operações de circulação originadoras de faturamento tributável pelo PIS e pela COFINS, não deveriam, jamais, compor as bases impositivas destas últimas, uma vez não se identificarem às grandezas econômicas esquadrihadas pelo art. 195, inc. I, alínea b, da Constituição Federal.

A noção de faturamento já fora bem definida pelo STF, quando instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, previamente à promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998. Na ocasião, bem declinou o Pretório que faturamento, para fins tributários, deveria ser limitado à “receita das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços”.

A noção de receita seria mais ampla. Aqui estariam contempladas, além do faturamento, entradas financeiras que não necessariamente as derivadas do exercício das atividades ínsitas ao objeto do contribuinte. Comporiam receita, assim, dividendos, receitas financeiras, alugueres, ganhos relacionados à venda de ativo imobilizado etc.

Há valores, contudo, que, a despeito de auferidos pelo contribuinte, não seriam receita ou faturamento – e, por isso, não deveriam ser considerados quer em relação à incidência do PIS e da COFINS, quer no que toca à quantificação das dimensões econômicas que servem de supedâneo à exigência do IRPJ e da CSLL. Estes ingressos financeiros seriam, em verdade, valores meramente transitados pelo caixa do contribuinte, nunca com viés de definitividade.

Justamente por não consagrarem, de nenhum modo, acréscimo patrimonial do contribuinte, deveriam eles, em princípio, ser expurgados das bases impositivas dos tributos. O exemplo mais bem acabado deste

fenômeno seria, aliás, composto pelas próprias exações dotadas de repercussão econômica indireta, como o ICMS, IPI, o ISS, o PIS e a COFINS.

Doutrina e jurisprudência têm abordado o assunto de maneira episódica. Em face do silêncio constitucional, há, inclusive, interpretes que defendem que a incidência fiscal cruzada seria a regra, excepcionada somente quando assim dispusesse o texto constitucional – por exemplo, nos termos do art. 155, § 2º, inc. II, da Constituição Federal, segundo o qual o ICMS “não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”. Outra corrente, entretanto, enxerga no primado da não-cumulatividade e na tipicidade tributárias fatores que impediriam que as materialidades de incidência fossem estendidas aos próprios tributos devidos, sob a mesma rubrica ou a título de outra exação.

Está-se distante, em todo caso, da obtenção de solução sistemática e generalista para a discussão sobre a (im)possibilidade de incidência de um tributo sobre o outro, ou dele sobre ele próprio. A manutenção da coerência decisória, frente ao quanto estabelecido pelo acórdão do RE n. 574.076, traria, em verdade, impactos substanciais à arrecadação, mediante a declaração da inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais que estatuem a inclusão de tributos na mensuração das bases imponíveis de outros (ou deles próprios).

Certo é que o cenário de insegurança remanesce, em prejuízo dos contribuintes. A refração do STF em modular os efeitos de suas decisões, outrossim, reforça as incertezas reinantes.

Por ora, devemos nos satisfazer com alguns recentes julgados que, casuisticamente, pretendem dar coerência à jurisprudência, autorizando, especificamente, em relação ao PIS e à COFINS, o expurgo das contribuições de suas próprias bases imponíveis.

Cite-se, a título ilustrativo, recente decisão proferida pela Justiça Federal de Nova Hamburgo, no Rio Grande Sul, nos autos do Mandado de Segurança n. 5016294-16.2017.4.04.7108, na qual o juiz Norton Luiz Benites,

entendeu que o tema definido pelo STF também se aplica ao PIS e à COFINS: Afirmou o magistrado que, na situação, "Por simetria, entendo que idêntica solução deve ser aplicada ao caso concreto, onde se discute a possibilidade de exclusão dos valores de PIS e Cofins da base de cálculo das próprias contribuições", bem como asseverou "que ambos possuem naturezas semelhantes, qual seja a de tributos que apenas transitam na contabilidade da empresa, sem configurar acréscimo patrimonial".

É interessante aguardar o posicionamento fazendário ante a esperada profusão de decisões nesse sentido, frente à crescente suscitação destas teses na seara judicial. De todo modo, face aos interesses político-arrecadatórios envolvidos, não se pode afastar a possibilidade de os Tribunais Superiores buscarem reverter, na prática, a orientação que ora se desenha, iniciada com a exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

UMA DISCUSSÃO ACERCA DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

WAGNER RESENDE MORAES:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

FÁBIO BARBOSA CHAVES[1]

(Orientador)

RESUMO: A proteção patrimonial do bem imóvel utilizado para moradia, singular ou familiar, em regra, excepciona a penhorabilidade para o exercício da obrigação de pagamento reconhecida judicialmente ou por meio do negócio jurídico inadimplido. O trabalho retrata dispêndio desta proteção quando tais obrigações decorrem de instituto obrigacional definido como fiança, especificamente quando garante o cumprimento do contrato de locação. Considerando a relevância das garantias e princípios envolvidos, assume importante relevo tal abordagem, o que justifica a efetivação de revisão bibliográfica acerca da inaplicabilidade da exceção à proteção patrimonial, nos termos previstos na Lei nº 8.009/90. Este trabalho tem como objetivo fundamentar os elementos que norteiam tal discussão, bem como realizar a análise do direito social à moradia, além de caracterizar o contrato de fiança, levando em consideração o princípio da autonomia da vontade. Desta forma, apresenta-se de maneira sucinta os aspectos que delimitam a penhorabilidade do bem de família do fiador determinada pela legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família; Fiador; Impenhorabilidade.

RESUMEN: *La protección patrimonial del bien inmueble utilizado para vivienda, singular o familiar, por regla general, excepciona la prenda para el ejercicio de la obligación de pago reconocida judicialmente o por medio del negocio jurídico incumplido. El trabajo retrata el desembolso de esta protección cuando tales obligaciones derivan de un instituto obligatorio definido como fianza, específicamente cuando garantiza el cumplimiento del contrato de arrendamiento. Considerando la relevancia de las garantías y principios involucrados, asume importante relieve tal enfoque, lo que justifica la efectividad de revisión bibliográfica acerca de la inaplicabilidad*

de la excepción a la protección patrimonial, en los términos previstos en la Ley nº 8.009 / 90. Este trabajo tiene como objetivo fundamentar los elementos que orientan tal discusión, así como realizar el análisis del derecho social a la vivienda, además de caracterizar el contrato de fianza, teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, se presentan de manera sucinta los aspectos que delimitan la prenda del bien de familia del fiador determinada por la legislación.

PALABRAS CLAVE: Bien de familia; fiador; inembargabilidad.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 A EFETIVAÇÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL. 3 O BEM DE FAMÍLIA. 4 O CONTRATO DE FIANÇA E A AUTONOMIA DA VONTADE. 5 A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo realizar uma revisão bibliográfica acerca da inaplicabilidade da exceção prevista na Lei nº 8.009/90, no que tange a penhora do bem de família do fiador em contrato de fiança locatícia. Por conseguinte, será explorado, primeiramente, os aspectos referentes ao direito social à moradia assegurado pela Constituição Federal.

Além disso, será apresentado os aspectos que caracterizam o contrato, tendo o enfoque no contrato de fiança. O princípio da autonomia da vontade também será analisado, bem como a impenhorabilidade do bem de família do fiador levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Constituição Federal, considera-se um direito fundamental e inerente ao ser humano, o direito à moradia. Consequentemente, entende-se que a moradia deve oferecer um espaço apropriado aos seus ocupantes, com a finalidade de garantir uma vida digna aos seus moradores, bem como lhes propiciar segurança física.

Ademais, observa-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem a responsabilidade de desenvolver medidas públicas capazes de proporcionar melhores condições à família, ou seja, são responsáveis por garantir a eficácia da distribuição do direito à moradia.

Como se observa, a sociedade é a base de sustento do Estado, e este tem o dever constitucional de assegurar à família uma proteção especial, como está disposto no Art. 226 da CF/88. Em conformidade com explicação de DIAS (2015), para que se possa efetivar o comando constitucional de proteção à família, a legislação cria ferramentas, como a instituição do bem de família, com a finalidade de defesa da entidade familiar e do lugar em que a família habita.

Devido à instituição do bem de família, o imóvel torna-se isento, deixando de responder pelas dívidas futuras do devedor. Consoante elucida SANTOS (2011), o bem de família legal possui como característica principal a disposição do instituto pelo Estado, visando à proteção do conjunto familiar. Mas, apesar disso, há exceções relativas à regra de impenhorabilidade, como é o caso da possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador. Como elucida COELHO (2012), o objetivo do instituto do bem de família é impedir que o indivíduo devedor seja desprovido de ter sua moradia

Para mais, cumpre ressaltar que o instituto do contrato possui natureza de negócio jurídico e, conseqüentemente deriva de uma manifestação de vontade das partes em realizar o ato, sendo esta consequência do princípio da autonomia da vontade. BARBOSA (2008) explica que tal princípio contratual garante às pessoas a liberdade de contratar, ou seja, o indivíduo tem o direito de escolher se vai ou não contratar, inclusive com quem quer contratar, bem como estabelecer o conteúdo do contrato.

Conforme dispõe o Código Civil, em seu art. 818, a fiança é definida como sendo o negócio jurídico por intermédio do qual o fiador confere a garantia de satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este venha a dar causa ao descumprimento de sua obrigação, isto é, a

fiança é um negócio jurídico no qual um indivíduo se dispõe a assumir dívida de terceiro, ou seja, na hipótese de o devedor falhar com sua obrigação, a cobrança recairá sobre o patrimônio do fiador.

No entanto, é importante observar que a partir da aplicação da penhora sobre o bem de família do fiador determinada pela legislação, significa dizer que há lesão à isonomia e à proporcionalidade, tendo em vista que a fiança é um contrato acessório e por isso não pode incorrer em mais obrigações do que o contrato principal, neste caso o contrato de locação. Além disso, conforme TARTUCE (2014), existe um desrespeito à garantia constitucional da moradia, o que implica diretamente na proteção da dignidade da pessoa humana.

Finalmente, o bem de família é um instituto que serve de instrumento para a efetivação da dignidade da pessoa humana, uma vez que garante às pessoas o mínimo existencial para que se tenha uma vida digna, principalmente no que se refere ao direito de moradia. Ao penhorar o bem de família do fiador resta violado um direito inerente à qualidade do ser humano, o qual representa o direito à uma habitação onde ele possa residir com sua família de forma digna.

2 A EFETIVAÇÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL

Nos termos do Art. 6º da Constituição Federal (CF/88), são considerados direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assim, como disciplina SILVA (2013), os direitos sociais constituem prestações positivas concedidas pelo Estado, de forma direta ou indireta, por meio de normas constitucionais que visam melhorar as condições de vida dos cidadãos mais fracos, possibilitando assim igualar as condições sociais desiguais.

De igual modo leciona BULOS (2015, p. 809) que os direitos sociais são "liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o

primado da igualdade real". Neste sentido, entende-se que tais direitos funcionam como verdadeiras prestações positivas à sociedade por meio dos Poderes Públicos, que têm a competência para realizar os serviços que concretizam os direitos sociais.

O direito à moradia também se encontra disposto como competência comum dos entes federativos, através do art. 23, inciso IX da CF/88, onde a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem a responsabilidade de desenvolver programas de construção de moradias, assim como proporcionar a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico dos habitantes.

Além disso, em conformidade com o entendimento de LENZA (2016), o direito à moradia existe com a finalidade de consagrar o direito à habitação digna e adequada, este que está intimamente ligado ao direito de dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), ao direito à intimidade e à privacidade, e de ser a casa considerada asilo inviolável (Art. 5º, X e XI, CF/88).

Adicionalmente, temos algumas considerações acerca do direito à moradia, como se vê, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 em seu Artigo XXV, parágrafo 1º, afirma que a moradia constitui o direito que tem o ser humano de ter um padrão de vida adequado. Mas, o documento não contém a especificação do modo para efetivar esse direito, sendo mencionado apenas a adoção de medidas progressivas para assegurar seu reconhecimento e sua observância universal e efetiva.

Entre os pactos internacionais, ALVES (2010) destaca o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (PIDESC), que fora ratificado pelo Brasil e representa um sistema de verificação da efetividade dos direitos inerentes ao ser humano, bem como dos direitos sociais. De acordo com este pacto (Art. 11. Parágrafo 1), os Estados Partes se comprometem a garantir o gozo dos direitos incluídos no Pacto, inclusive os direitos sociais (Art. 3º).

De acordo com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), em comentário número quatro, o conceito de adequação é significativo em relação ao direito à moradia. Assim, a adequação é

determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climatológicos, ecológicos, mas, o Comitê considera que é possível identificar alguns elementos essenciais para a efetivação do direito à moradia adequada.

Conforme esclarecimentos do DESC a respeito do referido pacto, o primeiro fator indispensável é a segurança jurídica da posse, pois as pessoas devem possuir uma garantia de proteção legal contra o despejo, assédio ou outras ameaças. O segundo aspecto é a infraestrutura, uma vez que uma habitação adequada deve conter os serviços essenciais para a saúde, segurança, conforto e nutrição.

Um terceiro elemento a ser considerado é a despesa suportada pelos habitantes, tanto no que se refere a despesas pessoais, como despesas domésticas. O quarto e relevante aspecto é a habitabilidade, porquanto a moradia adequada necessita ser habitável a oferecer espaço apropriado aos seus ocupantes a fim de protegê-los e garantir a segurança física dos moradores.

Já o quinto elemento a ser observado é a questão da acessibilidade, uma vez que a habitação deve estar acessível àqueles que têm direito; o sexto aspecto é o lugar, ou seja, para que seja considerada adequada a moradia, é importante que esteja localizada em um local que possibilite o acesso a oportunidades de emprego, serviços básicos, como saúde e educação, entre outros serviços sociais. Ademais, cumpre ressaltar que a moradia não deve ser construída em locais que sejam contaminados, sequer onde contenha fontes de poluição ameaçando a saúde dos moradores, isto é o que dispõe as recomendações do DESC.

Finalmente, o sétimo aspecto revela a adequação cultural da moradia. Quer dizer que, o modo como será construída a habitação, bem como os materiais utilizados devem assegurar que a expressão da identidade cultural não seja sacrificada em razão do desenvolvimento ou modernização quanto à habitação, devendo garantir também a diversidade da habitação, e, de toda forma, assegurar serviços tecnológicos modernos.

Por conseguinte, ALVES (2010) afirma que, além da observância destes elementos acima descritos, é essencial para a efetivação do direito à moradia a exigência da progressividade, isto é, de que a concretização dos direitos sociais seja realizada de maneira progressiva, porquanto isto garante que o Estado não poderá se valer do fato de não possuir recursos para incorrer em não buscar aplicar medidas que objetivem, de modo progressivo, o alcance do direito à habitação adequada.

Deste modo, significa dizer que o Estado deve assegurar de maneira constante o acesso à habitação adequada, para que o indivíduo viva com dignidade e em boas condições, pois, como bem esclarece DE ALMEIDA e SIQUEIRA (2017, p. 387), “para alcançar as necessidades básicas da vida como relaxar, trabalhar, educar-se, faz-se necessário um lugar fixo e amplamente reconhecido por todos”, visto que possuir um lugar para viver e se desenvolver está intimamente ligado aos anseios do indivíduo.

Com isso, entende-se que o direito à moradia constitui um direito inerente à própria existência humana, um direito social que deve ser assegurado a todos os indivíduos, e o Estado é o responsável por garantir a eficácia da distribuição deste direito, isto por meio de medidas públicas criadas, conforme as condições mínimas essenciais exigidas na legislação, com a finalidade de efetivar o direito ao indivíduo e à sua família de obter uma habitação adequada, que seja capaz de lhe suprir as necessidades básicas de vida, como segurança, saúde, acesso à serviços sociais, entre outros.

3 O BEM DE FAMÍLIA

É cediço que a família é considerada instituto importante perante a sociedade, uma vez que constitui o equilíbrio do ser humano, pois, como afirma SANTIAGO (2004), é no meio familiar que o indivíduo aprende as definições de amor, ética, caráter, respeito ao próximo, bem como solidariedade, isto é, é onde se aprende a viver em sociedade, fazendo com que seja possível se ter uma sociedade digna.

Como se observa, a sociedade é a base de sustento do Estado, e este tem o dever constitucional de assegurar à família uma proteção especial,

como está disposto no Art. 226 da CF/88. Em conformidade com explicação de DIAS (2015), para que se possa efetivar o comando constitucional de proteção à família, a legislação cria ferramentas, como a instituição do bem de família, com a finalidade de defesa da entidade familiar e do lugar em que a família habita.

No ordenamento jurídico brasileiro, o bem de família encontra-se regulado por intermédio do Código Civil (CC/2002), bem como pela lei nº 8.009/90, esta que trata a respeito da impenhorabilidade do bem de família. Percebe-se que a legislação que aborda este assunto tem como finalidade resguardar o domicílio da família, assegurando aos indivíduos que nele residem, segurança e proteção, e que continuem a ter um teto onde morar, evitando assim a desestruturação da família.

Conforme disposto no Art. 1.712 do CC/2002, considera-se bem de família o imóvel residencial urbano ou rural, com devidos pertencas e acessórios, o qual é destinado ao domicílio familiar, podendo também abranger valores mobiliários em que a renda seja utilizada para conservação do imóvel e sustento da família.

De acordo com GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), o bem de família pode ser compreendido como sendo o bem jurídico cuja titularidade é protegida em benefício do devedor, com o objetivo de preservar o mínimo patrimonial do indivíduo para uma vida digna. Além disso, observa-se que a proteção que envolve esse bem não se limita apenas ao imóvel, mas também aos bens considerados acessórios.

Igualmente leciona GONÇALVES (2011), afirmando que o bem de família constitui o asilo da família, tornando-se, assim, impenhorável por dívidas que surgirem posteriormente à sua constituição. Significa dizer que, o bem de família se trata de um instituto amparado pela lei em favor da família, de que esta possa permanecer em seu lar. Isto porque deve-se garantir o mínimo necessário para a existência de uma família, por meio da proteção ao direito de domicílio familiar.

Consequentemente, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012) afirma que a qualificação de um imóvel como bem de família deve ser efetuada de

forma que seja assegurado à família, não somente o essencial para sua subsistência, mas, o mais importante é que se promova o necessário para que a família possa viver com dignidade.

Desta forma a lei estabelece a impenhorabilidade e a inalienabilidade do referido bem jurídico. SANTOS (2011) explica que em razão da garantia do direito de propriedade assegurado pela CF/88, o bem de família possibilita ao instituidor que um dos seus bens seja tomado como bem livre de penhora por dívidas contraídas após a aquisição do bem, bem como restrito de alienação, observando-se quando houver, as exceções elencadas pela legislação.

É importante ressaltar que a doutrina divide e classifica o instituto do bem de família em duas modalidades, quais sejam, o bem de família voluntário e o bem de família legal (ou involuntário). Tal classificação se dá em razão da forma de constituição do bem de família, seja ela por meio de estipulação da lei, ou ainda, por vontade das partes.

O bem de família voluntário consta disciplinado no Art. 1.711 do CC/2002, e como explica GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), é instituído a partir de ato de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, ou seja, é determinado pelo livre arbítrio das partes, sem imposição. Conforme o dispositivo constante legislação civil. Conforme enuncia GONÇALVES (2017), o bem de família voluntário poderá ser instituído tanto pelos cônjuges ou entidade familiar, como também mediante terceiro que poderá fazer o registro do imóvel, seja por testamento ou por doação, em benefício da família, sendo necessária sua aceitação expressa.

Adicionalmente, SANTOS (2011) enuncia que o bem de família voluntário é aquele em que o instituidor escolheu dentre os bens de seu patrimônio, um para garantir a moradia de sua família, incorrendo assim no registro do imóvel para que se torne pública sua decisão e, por conseguinte, possa gerar os efeitos esperados no que se refere à impenhorabilidade e inalienabilidade sobre o imóvel.

Consequentemente, entende-se que para a constituição do bem de família voluntário, é necessário observar alguns requisitos, conforme esclarece a supracitada autora. O primeiro requisito é que seja feita a

escolha do bem imóvel pelo instituidor, este que deverá ser proprietário do imóvel ou integrante da família ou entidade familiar, ou mesmo um terceiro em prol da família.

O segundo requisito é a solvabilidade do proprietário do imóvel, a fim de evitar o enriquecimento ilícito através de fraude contra credores de eventuais dívidas, tendo em vista que se a instituição do bem de família impossibilitar que os credores recebam seus créditos, tal instituição será considerada inválida, isto é o que aclara SANTOS (2011), porquanto o proprietário deverá ter outros bens que assegurem o pagamento das dívidas constituídas anteriormente à instituição do bem de família.

O terceiro requisito é o de que o imóvel a ser instituído como bem de família seja utilizado pela entidade familiar e por esta ocupado, ou, mesmo que o imóvel seja alugado para terceiro, mas que a renda seja administrada em favor da subsistência ou moradia da família, no entanto vale ressaltar que isto é uma exceção, pois a regra geral é de que o bem de família seja residido por esta.

Importante retratar que tal previsão encontra respaldo jurisprudencial, efetivado pela Súmula nº 486 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família".

É importante o esclarecimento trazido por SANTOS (2011) de que ao bem da família não poderá ser atribuído o intuito de imóvel comercial. Isto ocorre porque, a finalidade do instituto do bem de família é assegurar ao proprietário e ao grupo familiar uma proteção contra a execução forçada de dívidas.

O quarto requisito a se analisar é o limite estabelecido pela lei de que o valor do bem de família a ser instituído, não ultrapasse um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição. E, finalmente, o quinto e último requisito versa sobre o registro do bem de família, o qual deverá ser feito no cartório de registro de imóveis, mediante escritura pública ou testamento, com o objetivo de tornar pública a

instituição, conforme determina o Art. 167, inciso I, número 1, bem como o Art. 260, da Lei nº 6.015/73, denominada Lei de Registros Públicos.

Por conseguinte, consoante disposição constante no Art. 261 da referida lei de registros, deverá ser apresentada a escritura pública de instituição do bem de família para que seja publicada na imprensa local, ou se for o caso na imprensa da capital do estado, para que seja tornado válido o ato. Além disso, observa-se que o CC/2002 em seu Art. 1.714 dispõe que a efetiva constituição do bem de família dar-se-á por meio do registo de seu título.

Devido à instituição do bem de família, o imóvel torna-se isento, deixando de responder pelas dívidas futuras do devedor, mas não pelas dívidas pretéritas, porquanto a impenhorabilidade não possui efeito retroativo, como bem explica DIAS (2015), isto serve para evitar tentativas de fraude. Ademais, observa-se que a isenção não alcança as dívidas que advém da cobrança de tributos sobre o prédio ou de despesas com o condomínio, é o que dispõe o Art. 1.715 da legislação cível.

Em paralelo a esta classificação definida como bem de família voluntário, existe a modalidade reconhecida como bem de família legal (ou involuntário), trazida pela Lei nº 8.009/90, com o intuito de ampliar o conceito de bem de família, o qual tem proteção legal imediata e independentemente de instituição em cartório ou registo. Como bem explica GONÇALVES (2011), em razão desta lei (Art. 1º), agora o bem de família advém diretamente do texto legal, de ordem pública, e que atribuiu a isenção de cobrança de dívidas sobre o imóvel residencial, próprio do casal ou da entidade familiar

Mas, atente-se para a exceção prevista na referida lei em seu Art. 2º, pois não podem ser instituídos como bem de família impenhoráveis os veículos de transporte, as obras de arte e adornos luxuosos. E, ainda, no caso de o imóvel estar locado para terceiro, a isenção sobre cobrança poderá ser feita aos bens móveis quitados e que guarnecem a moradia, e desde que sejam de propriedade do locatário.

Consoante elucida SANTOS (2011), o bem de família legal possui como característica principal a disposição do instituto pelo Estado, visando

à proteção do conjunto familiar. Ademais, a supracitada doutrina complementa seu raciocínio afirmando que nesta modalidade de bem de família, não há restrição quanto ao tipo de imóvel a ser caracterizado como tal, excepcionando-se os casos onde o proprietário que possua mais de um imóvel, hipótese em que apenas um imóvel será considerado bem de família, a saber, o que seja menos valioso.

Sabendo-se que a forma de instituição do bem de família involuntário é realizado por intermédio do próprio Estado, através da lei, SANTIAGO (2004) esclarece que a referida instituição não depende de ação do proprietário, sequer exige que seja feito o registro, pois sendo a lei pública, a validade da instituição do bem de família é automática, e, ainda, consequentemente, não pode ser estabelecido por meio de terceiros.

Acerca do bem de família involuntário, com o advento da Lei nº 8.009/90, a qual corresponde a lei cogente e de ordem pública, e que possui o caráter protecionista e publicista, nota-se que o Estado chamou para si o dever de proteção que antes restava incumbido ao chefe da família, ao proprietário, este que deveria realizar a escolha, registro e constituição do bem de família, de forma voluntária.

Por conseguinte, como explica DIAS (2015), mediante a instituição legal e automática do bem de família, há a garantia do mínimo necessário para que a família sobreviva dignamente, recaindo assim na proteção ao direito fundamental à moradia, consagrado pelo texto constitucional. Adicionalmente, cumpre ressaltar aqui também, os requisitos necessários à constituição do bem de família involuntário, os quais, de acordo com SANTOS (2011), são praticamente os mesmos elencados na explicação sobre o bem de família voluntário, mas com algumas diferenças.

O principal requisito é o de que a propriedade do imóvel seja dos beneficiários, sendo este residencial, independentemente de ser urbano ou rural, e por consequência, para a eficácia do instituto, é essencial que a entidade familiar resida neste imóvel, porquanto não é admitido que os efeitos do bem de família não podem recair em favor daquele que apenas detenha a posse do imóvel, como por exemplo, a locação.

Mas, a característica que mais diferencia estas duas modalidades de bem de família, diz respeito à forma de constituição. Isto porque, no bem de família legal não há obrigatoriedade de que seja feita a inscrição do imóvel no cartório de registro público, pois como já fora mencionado, o bem de família legal é instituído pelo próprio Estado.

Outro fator relevante é que não existe uma limitação estabelecida pela Lei nº 8.009/90 para o valor do bem de família involuntário, e conforme diz SANTIAGO (2004), não é cabível a aplicação da regra do CC/2002, que traz o limite de um terço do patrimônio líquido do instituidor. Contanto que haja a moradia da família no imóvel, haverá a isenção por execução de dívidas sobre o bem de família, inclusive quanto aos móveis que guarnecem a habitação.

Além disso, consoante explicita SANTOS (2011), neste caso não é preciso tornar pública a instituição do bem de família involuntário, uma vez que ele provém de lei, sendo considerada uma instituição *ex lege*. Observa-se que a solvabilidade é um aspecto importante, pois a isenção de dívidas se dará somente no quanto às dívidas adquiridas após a aquisição do imóvel, e o proprietário deverá possuir outros bens para garantir o pagamento do crédito, não incorrendo assim em fraude contra credores.

Visto isto, é importante analisar o que trata o Código Civil acerca da extinção do bem de família. Cumpre referir que é possível, de acordo com a lei (Art. 1.719 do CC/2002), que se proceda à extinção do imóvel instituído como bem de família, ou ainda, à sub-rogação deste por outro, se, a requerimento do interessado, o juiz entender que esta medida é necessária para que seja mantida a família.

De acordo como Art. 1.720 do CC/2002, a administração do bem de família é de responsabilidade de ambos os cônjuges, e como explica GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), também compete aos companheiros, quando se tratar de união estável, ou ainda, ao pai ou à mãe, o cabeça da família monoparental, e, na falta de quaisquer destes eventuais responsáveis, a administração do imóvel recairá sobre o filho mais velho, sendo maior de idade, mas caso não seja, caberá ao seu tutor, conforme dispõe o Parágrafo Único do supracitado dispositivo de lei.

Além do pedido de extinção ou sub-rogação que a lei possibilita aquele interessado em extinguir a instituição do bem de família, a legislação civil – Art. 1.722 do CC/2002 – dispõe que no caso de ocorrer a morte de ambos os cônjuges ou no caso de os filhos alcançarem a maioridade, mas desde que estes não estejam sujeitos ao regime da curatela, o registro da instituição do bem de família se extingue automaticamente.

De mais a mais, não obsta analisar que a simples dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família – Art. 1.721 do CC/2002 – Mas, segundo consta no Parágrafo Único do referido artigo, ao cônjuge sobrevivente, no caso de morte do outro, é possível que ele faça o requerimento de extinção do bem de família, desde que este seja o único bem que o casal possui.

Em conformidade com a explicação de DIAS (2015), é injustificável estabelecer uma limitação à eficácia do bem de família à menoridade dos filhos, isto porque, o que se entende é que o conceito do instituto família não é bem definido atualmente, existindo diversos tipos de formatação familiar. Deste modo, na ausência dos pais, os filhos continuam a formar uma família e assim, a eles devem ser assegurados os efeitos do bem de família, ou seja, eles devem permanecer a salvo dos devedores, inclusive após alcançarem a maioridade.

Ao mesmo passo em que o CC/2002 admite que seja realizada a escolha de um imóvel para ser definido como o bem de família, de forma voluntária, ou ainda, a instituição do bem de família por intermédio da lei, de forma involuntária e automática, isto com a finalidade de isentar o bem em relação a cobrança de dívidas, é factível ao instituidor, aos herdeiros, ao cônjuge ou companheiro, e bem como a outros interessados, requerer a extinção ou sub-rogação do bem de família, sendo comprovada pelo juiz a necessidade da medida para que seja mantida a entidade familiar.

Ademais, cumpre esclarecer alguns aspectos referentes ao efeito da instituição do bem de família. Ao registrar um bem imóvel como bem de família, a consequência disso é de que a família residente naquela casa, apartamento, etc., estará protegida no que diz respeito à cobrança de

dívidas, ou seja, o bem de família não poderá ser objeto de penhora objetivando sanar débitos que apareçam após a instituição do bem.

É cediço que a garantia do credor de receber seu pagamento é o patrimônio do devedor. COELHO (2012) explica que quando o indivíduo não cumpre determinada obrigação, sendo ela proveniente de contrato ou da lei, o credor da obrigação tem o direito de executar seu crédito junto ao Poder Judiciário, requerendo a penhora de tantos bens do devedor quantos sejam suficientes à satisfação do débito. Assim, os bens penhorados serão desapropriados judicialmente para que seja feito o pagamento.

Desta forma, o instituto do bem de família torna-se essencial para a proteção da família. Consoante afirma DIAS (2015), pode-se dizer que se trata de uma qualidade que é incorporada a um bem imóvel, assim como a seus móveis pertencentes, tendo como efeito a isenção da família em relação a credores e suas execuções.

Adicionalmente, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012) descreve quais são os efeitos do bem de família devidamente instituído. O primeiro efeito é denominado de impenhorabilidade, o qual determina a isenção do imóvel residencial de dívidas futuras, com exceção, como dispõe a legislação, daquelas que provém de impostos relativos ao prédio, como IPTU, ITR, etc., ou ainda de despesas de condomínio.

A instituição do bem de família, conforme SANTOS (2011), impede que o imóvel residencial sofra constrição judicial por dívidas posteriormente constituídas. No entanto, no que tange às dívidas anteriores, estas podem recair sobre o bem de família, uma vez que este ficará disponível no caso de não existir outros bens que possam garantir o pagamento da dívida, pois se assim não fosse, haveria fraude a credores e enriquecimento ilícito. Mas, havendo outros bens, estes é que responderão pelo débito e o bem de família permanecerá impenhorável.

O segundo efeito agregado ao bem imóvel, de acordo com GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), é o de inalienabilidade do imóvel residencial, ou seja, uma vez que o bem de família é instituído, este não poderá ter outro destino que não seja o domicílio familiar, sequer poderá ser alienado. Mas, caso queira alienar o imóvel, o Art. 1.717 do CC/2002

impõe que deve obter o expresso consentimento dos interessados ou de seus representantes legais e, ouvir o Ministério Público.

Além disso, o bem de família não se destina tão somente a proteger os interesses dos membros das entidades familiares, como bem explica COELHO (2012), a jurisprudência estende os efeitos da impenhorabilidade do instituto ao imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, isto porque o entendimento do STJ é de que a finalidade precípua do bem de família é a proteção do direito social à moradia: Súmula nº 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Em vista disso, a impenhorabilidade do bem de família representa um instituto criado para assegurar à família, o direito ao lar, à residência, ao abrigo mínimo e ao mínimo essencial para uma vida digna, consoante elucida SANTOS (2011, p. 44-45), uma vida "à salvo dos excessos egoísticos do ser humano e contra a quebra da estrutura familiar e do próprio Estado", com isso, transformar o bem imóvel em bem de família impenhorável significa não permitir que a família fique desprotegida, sustentando assim o interesse particular em detrimento do interesse coletivo.

No que se refere à inalienabilidade do bem de família, esta nada mais é do que uma cláusula inserida no registro de matrícula do bem imóvel onde o proprietário fica impedido de alienar o bem, é o que esclarece SANTOS (2011). Mas, observa-se que tal inalienabilidade é relativa porquanto não poderia a lei inviabilizar que o proprietário pudesse alienar seus bens, tendo em vista que uma das garantias pertinentes à qualidade de proprietário é que este pode dispor livremente de seus bens, conforme dispõe o Art. 1.228, "Caput", do Código Civil de 2002.

Ou seja, é possível a alienação desde que haja autorização do proprietário, ou de interessados, como cônjuge ou filhos menores, no entanto, é necessário o ajuizamento de ação requerendo tal autorização, bem como ouvir o Ministério Público. Conforme explicação do supracitado autor, os filhos maiores não são alcançados pela cláusula de inalienabilidade porque são capazes de prover seu próprio sustento.

Em conformidade com demonstração de GONÇALVES (2017), temos que, a regra que atribui imunidade à penhora com relação à moradia da família e de determinados móveis e equipamentos, compreende algumas exceções, como a prevista no Art. 2º, outrora comentado, no qual não podem ser constituídos como bem de família impenhoráveis, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Bem como as hipóteses taxativas, que estão expressamente descritas no Art. 3º da Lei n. 8.009/90.

Consoante afirma SANTOS (2011), a impenhorabilidade do bem de família se aplica a todas as dívidas adquiridas posteriormente à aquisição do bem imóvel. Mas, apesar disso, há exceções relativas à regra de impenhorabilidade, às quais determinam que não serão considerados impenhoráveis os créditos relativos aos trabalhadores, créditos para construção ou aquisição do imóvel; créditos referentes à alimentos, créditos tributários, contribuições e obrigações *propter rem* (obrigação decorrente da relação entre o devedor e a coisa), crédito hipotecário, aquisição criminosa, crédito de fiança locatícia e, por fim, execução de sentença penal condenatória

Em suma, como elucida COELHO (2012), o objetivo do instituto do bem de família é impedir que o indivíduo devedor seja desprovido de ter sua moradia. Isto porque, ainda que a atitude de descumprimento da obrigação pelo devedor seja errada, não é considerado justo que este se submeta a uma situação patrimonial deficiente a ponto de perder inclusive o seu local de morada com sua família. Ademais, é relevante a observação das regras elencadas pela lei do bem de família, a fim de verificar quais as hipóteses em que o bem de família não será alcançado pela impenhorabilidade.

4 O CONTRATO DE FIANÇA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Antes de adentrar nas questões referentes ao contrato de fiança, urge comentar acerca da definição do instituto contratos. Este, conforme explicação de QUEIROZ (2012), o contrato representa um negócio jurídico, pactuado de forma bilateral ou plurilateral, com a colaboração recíproca das partes contratantes, e tem a finalidade de criação, modificação ou extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial.

Igualmente, TARTUCE (2014) também esclarece acerca da definição de contrato afirmando que este é um ato jurídico em sentido amplo, constituído a partir da vontade humana, com um objetivo de cunho patrimonial. De acordo com o citado autor, a existência do contrato está condicionada à licitude de seu conteúdo, ou seja, o objeto do contrato não pode contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, sequer a sua função social e econômica e os bons costumes, como prescreve o Art. 104, inciso II do Código Civil no que tange à validade dos negócios jurídicos.

Para mais, entende-se que o contrato possui natureza de negócio jurídico e, conseqüentemente deriva de uma manifestação de vontade das partes em realizar o ato, sendo esta consequência do princípio da autonomia da vontade. BARBOSA (2008) explica que tal princípio contratual garante às pessoas a liberdade para contratar, ou seja, o indivíduo possui o direito de escolher se vai ou não contratar, inclusive escolher a pessoa com quem quer contratar, bem como estabelecer o conteúdo do contrato.

Desta forma, o princípio da autonomia da vontade representa o poder que tem os contratantes de disciplinar acerca dos seus interesses, fazendo isso mediante um acordo de vontades. Essa liberdade contratual costa descrita no Art. 421 do Código Civil. Maria Helena Diniz, citada por BARBOSA (2008) afirma que, o princípio da autonomia da vontade representa o poder que é conferido aos contratantes de que possam estabelecer um vínculo obrigacional, mas devem submeter-se às normas jurídicas e seu objetivo não pode contrariar o interesse geral, uma vez que a ordem pública e os bons costumes constituem uma limitação à liberdade contratual.

Posto isso, cumpre ressaltar que existe uma classificação que divide os contratos em espécie, e entre eles está o contrato de fiança. De acordo com QUEIROZ (2012), o contrato de fiança corresponde àquele mediante o qual uma das partes se compromete a cumprir obrigação assumida por terceiro, no caso em que este não a cumpra. Assim, a fiança representa então uma espécie de garantia pessoal, onde quem garante ao credor que a dívida será paga é o patrimônio de uma pessoa, também pode ser denominada de garantia fidejussória.

Em conformidade com entendimento de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), baseando-se no dispositivo legal constante no Art. 818 do CC/2002, a fiança pode ser definida como sendo o negócio jurídico por intermédio do qual o fiador confere a garantia de satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este venha a dar causa ao descumprimento de sua obrigação.

Segundo demonstração de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012), o contrato de fiança é um contrato individual, estipulado entre pessoas determinadas, e tem natureza personalíssima. Ademais, o referido contrato é unilateral, pois, sendo celebrado o contrato de fiança, a obrigação impõe-se apenas para o fiador; é acessório, tendo em vista que sempre acompanha um contrato principal; é gratuito, porquanto traz um benefício para o credor, sem que se lhe imponha contraprestação alguma, e somente o fiador sofrerá sacrifício patrimonial; e, o contrato de fiança é formal e pode ser celebrado tanto de forma paritária, quanto no modo de contrato de adesão.

De acordo com a legislação civil, e como bem explica QUEIROZ (2012), constitui objeto do contrato de fiança, a garantia de dívidas atuais, bem como as dívidas futuras, sendo que neste último caso o fiador não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor (Art. 821 do CC/2002). Ainda, o Art. 822 do CC/2002 admite que o contrato de fiança comportará também os acessórios da dívida principal, incluindo despesas judiciais, mas desde que a fiança não seja limitada.

Adicionalmente, também será considerado como objeto do contrato de fiança, de acordo com o Art. 824 do CC/2002, as obrigações nulas nos casos em que a nulidade for decorrente de incapacidade pessoal do devedor, permanecerá válida a fiança, com exceção de mútuo realizado a menor (Parágrafo Único). No entanto, como elucida TARTUCE (2014, p. 336-337), "a fiança nunca poderá ser superior ao valor do débito principal, pois o acessório não pode ser maior do que o principal". Assim, sendo a fiança mais onerosa do que a obrigação principal, deverá ser observada a regra disposta no Art. 823 do CC/2002, e então ser reduzida ao limite da dívida que foi afiançada.

De acordo como fora determinado pela própria legislação civil (Art. 827, CC/2002), o contrato de fiança tem como efeito o benefício de ordem, que segundo QUEIROZ (2012), constitui direito do fiador demandado ser cobrado subsidiariamente, ou seja, que primeiramente sejam executados os bens do devedor, e além disso, após suscitar o benefício de ordem, caberá ao fiador nomear bens do devedor, livres e desembargados, a fim de solver o débito.

Consequentemente, temos que o contrato de fiança existe com a finalidade de garantir o pagamento de dívida ao credor, sendo considerado também como uma garantia pessoal. A fiança é um negócio jurídico onde um indivíduo se dispõe a assumir dívida de terceiro, ou seja, na hipótese de o devedor falhar com sua obrigação, a cobrança recairá sobre o patrimônio do fiador. A condição de fiador é determinada por meio da manifestação da vontade, sendo esta um requisito para a constituição do negócio jurídico, e no caso em questão, da instituição do fiador, já que este tem ciência do conteúdo do contrato e assim cabe a ele a escolha de ser ou não fiador.

5 A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, instituído pela Lei nº 8.009/90 está relacionada à possibilidade de o imóvel de residência do fiador de locação imobiliária, ou seja, conforme previsão do Art. 3º, VII, da referida lei, não incide a cláusula de impenhorabilidade sobre o imóvel do fiador:

Art. 3º - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

De acordo com a doutrina observa-se que existe uma posição minoritária a qual entende que esta previsão de penhorabilidade do bem

imóvel do fiador é considerada inconstitucional, tendo em vista que viola a isonomia pertencente ao Art. 5.º, "Caput", da CF/88, bem como viola a proteção da dignidade humana demonstrada pelo Art. 1.º, inciso III, da CF/1988. De acordo com TARTUCE (2014), isto se dá em razão de que o devedor principal, o locatário, não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador, sendo este devedor subsidiário, pode suportar a constrição.

Neste sentido, significa dizer que a lesão à isonomia e à proporcionalidade está determinada pelo fato de que a fiança é um contrato acessório e por isso não pode incorrer em mais obrigações do que o contrato principal, no caso o contrato de locação. Além disso, conforme o citado autor, existe um desrespeito à garantia constitucional da moradia, o que implica diretamente na proteção da dignidade da pessoa humana.

Adicionalmente, em conformidade com explicação de QUEIROZ (2012, p. 175), "a residência do locatário responsável pela dívida estará protegida, mas a de seu fiador, não", assim sendo percebe-se que a lei oferece tratamento desigual a duas obrigações que por si possuem o mesmo fundamento, isto porque, como afirma REIS e MENEGAZZI (2014), há duas pessoas a ser executadas por uma dívida que provém da mesma origem, a locação, mas que responderão de modo diverso, sendo que o fiador será mais prejudicado do que o contraente da obrigação.

No entanto, cumpre ressaltar que existem os adeptos à tese da penhorabilidade e que justificam a exceção prevista na Lei nº 8.009/90, afirmando que a finalidade da exceção é de fomentar o mercado de locação, facilitando o direito à moradia. Ademais, temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual refere-se ao assunto de forma clara e firme, determinando que é válida a exceção prevista na lei do bem de família, no que tange ao imóvel do fiador garantido em contrato de locação, deste modo tem-se a súmula 549 do STJ: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

Consoante expõe OLIVEIRA (2009), entende-se a partir de pronunciamentos dos tribunais de que o fiador se vincula ao cumprimento da obrigação mediante manifestação livre de sua vontade ao contratar,

sendo assim, é factível a ele sofrer os ônus resultantes da contratação, como a perda de seu bem de família, uma vez que o indivíduo ao assumir a condição de fiador possui a ciência de todas as cláusulas.

Por conseguinte, de acordo com o que elucida GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012b, p. 483), “não há dúvida de que o fiador é, em essência, por força da característica de acessoriedade do contrato de fiança, um sujeito passivo de segundo grau, ou seja, um *garantidor* da obrigação principal”, assim como, não resta dúvidas de que é de livre escolha do indivíduo ser ou não fiador.

Mas, apesar de que a base de sustento da penhora seja o princípio da *pacta sunt servanda* ou força obrigatória das convenções, tendo como objetivo garantir a segurança do negócio jurídico, e ainda, sabendo que a autonomia da vontade representa a livre iniciativa das partes em celebrar o contrato, “não se pode interpretar e executar o princípio da força obrigatória contratual em caráter absoluto, pois com existência da gama de princípios e direitos irrenunciáveis, tornou sua utilização defasada”, como afirma REIS e MENEGAZZI (2014, p. 190). Ademais, entende-se que a autonomia da vontade sofre limitação, devendo ser executada nos limites da função social dos contratos.

Assim, percebe-se que a discussão encontrada no meio jurídico é bastante ampla com relação à questão da penhorabilidade do bem de família do fiador. Uns adotam a constitucionalidade da exceção, e outras optam por torná-la inconstitucional. Mas, ocorre que a regra trazida pela lei do bem de família foi considerada válida, e com isso pode gerar seus efeitos, como se observa através da súmula editada pelo STJ. Assim sendo, a obrigação do débito proveniente de fiança locatícia poderá recair sobre o único bem de família do fiador, o qual não consta reconhecida sua impenhorabilidade.

Posto isso, considera-se de grande relevância a observação de tal regra em contrapartida ao direito social à moradia garantido pela Constituição Federal. O bem de família é um instituto que serve de instrumento para a efetivação da dignidade da pessoa humana, uma vez que garante às pessoas o mínimo existencial para que se tenha uma vida

digna, principalmente no que se refere ao direito de moradia. Ao penhorar o bem de família do fiador resta violado um direito inerente à qualidade do ser humano, que é o direito à uma habitação onde ele possa residir com sua família de forma digna.

Desta forma, ainda que seja de livre e espontânea vontade do indivíduo escolher ser ou não fiador em determinado contrato, não nos parece justo que o fiador sofra maior perda patrimonial em relação ao devedor principal, tendo em vista que o contrato de fiança constitui um contra acessório e não deveria ser mais oneroso do que o próprio contrato de locação. Por isso, baseando-se nos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e ainda, tendo por base o direito à moradia, é imprescindível que seja garantido ao fiador a impenhorabilidade de seu bem de família, porquanto seja instituído pelo único imóvel pertencente a ele e sua respectiva família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão abordada confere grande relevância no que diz respeito à análise da aplicabilidade da exceção trazida pela lei da impenhorabilidade do bem de família, onde determina que o imóvel instituído como bem de família do fiador não é considerado impenhorável. No meio jurídico, uns adotam a posição da constitucionalidade do dispositivo, com a fundamentação baseada na premissa básica de formação dos contratos, que é a manifestação livre de vontade, ou seja, o fiador escolhe esta condição e por isso dever suportar o ônus advindo dela.

Em contrapartida existem aqueles que optam por tornar inconstitucional a exceção disposta pela lei, opinião partilhada, tendo em vista que ao aplicar a penhora ao bem de família do fiador, resta configurada uma violação ao direito social à moradia assegurado pela Constituição Federal, especialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, porquanto não é justo que o fiador sofra mais ônus do que o devedor principal, sendo que o contrato de fiança é um contrato acessório em relação ao contrato de locação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. **Direito à moradia: análise da situação no município de Curitiba à luz de indicadores sociais**. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2010.

BARBOSA, Haroldo Camargo. Princípios contratuais na teoria clássica e na pós-modernidade. In: **Revista do Direito Privado da UEL**. Volume 1. Número 2. Maio/Agosto de 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

BRASIL. **Lei Nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª Ed. Rev. E Atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. Volume 5. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. **Observación general nº 4: el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)**. Disponível em: . Acesso em 12 de maio de 2018. Tradução livre do autor.

DE ALMEIDA, Jeferson Nelcides; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direito à moradia – uma visão comparada da suprema corte Brasileira e sul-africana a partir do grootboom case. In: KNOERR, Fernando Gustavo; DE SOUZA, José Fernando Vidal; SPOSATO, Karyna Batista. (Coords.). **Eficácia de direitos**

fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional.** Volume 6. 2ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos.** volume 4, tomo II. 5ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões.** Volume 3. 4ª. Ed. LENZA. Pedro. (Coord.). Sa?o Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** Volume 2. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Flavia Caroline Silva. **Inconstitucionalidade da Penhora do Bem de Família do Fidor nos Contratos de Locação à Luz do Direito Civil-Constitucional.** Pós Graduação da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2009.

ONU. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas.** Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 de dezembro de 1948. Versão em português, disponível em: . Acesso em: 16 de maio de 2018.

QUEIROZ, Mônica. **Direito civil IV: contratos em espécie e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Marcelo Terra. MENEGAZZI, Maurício Gonçalves. Fiança locatícia: a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. In: **Revista**

Direito Cultura e Cidadania – CNEC OSÓRIO/FACOS. Vol. 4. Nº 1.
MARÇO/2014.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. 2004. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bem-de-familia>> Acesso em: 23
de maio de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37ª
Ed. Rev. e Atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11. 2013. São
Paulo: Malheiros, 2014.

STJ. Enunciados de Súmulas. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos
em espécie.** Volume 3. 9ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense.
São Paulo: MÉTODO, 2014.

NOTA:

[1] Fábio Barbosa Chaves. Doutor em Direito Privado, pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Mestre em Direito,
Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade
Católica de Goiás – PUCGOIÁS.

A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E A REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO

MAURÍCIO ROSSI: Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Membro da Advocacia-Geral. Graduado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões: URI Campus de Erechim/RS.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar o relacionamento entre o princípio da anterioridade e a revogação das isenções tributárias. Para tanto, é feita a abordagem de ambos os institutos. No decorrer do artigo, demonstra-se o conceito de cada tema, apresenta-se algumas classificações, bem como aponta-se determinadas peculiaridades aparentes. Por fim, esclarece-se a posição da doutrina como também o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Princípio da anterioridade. Isenção tributária. Revogação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da anterioridade. 3. Isenção. 3.1. Aspectos Gerais. 3.2. Revogação da isenção. 4. Considerações finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende abordar e responder como ocorre a relação entre a revogação de isenção de determinado tributo e o princípio da anterioridade. Para tanto, num primeiro momento, conceitua-se e identificam-se as espécies de anterioridade. Passa-se pela análise da isenção, dispondo sobre suas peculiaridades, bem como sobre sua classificação. Ao final, aborda-se o cerne do tema, expondo a posição jurisprudencial e doutrinária. O encerramento é feito com a conclusão que se obteve do assunto.

Trata-se de um tema que vislumbra grande repercussão prática, visto que adentra na segurança jurídica do contribuinte, capaz, portanto, de ferir direito fundamental. Ver-se-á que a posição da doutrina é amplamente favorável ao contribuinte e que o Órgão Supremo, até pouco tempo atrás, concluía pelo beneficiamento do fisco.

Serão expostos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que concedem subsídios para melhor entender o tema. Ao final, observar-se-á que o STF pode estar mudando o seu entendimento para se filiar ao que pensa a grande maioria da doutrina.

2. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

A sociedade tem como grande meta a concretização da segurança no ambiente em que vive, seja social, política, pública ou jurídica. “A segurança jurídica é, ao lado da justiça, um dos objetivos fundamentais do direito” (ALEXANDRE, 2009, p. 120). Somente vive em paz quem visualiza o caminho que está seguindo. As pessoas necessitam de estabilidade. Precisam saber que a situação em que se encontram pode permanecer intacta com o decurso do tempo, sem sofrer qualquer interferência alheia.

Dessa forma, é fundamental que exista no ordenamento jurídico meios para efetivar a segurança jurídica. No Direito Tributário não é diferente, havendo mecanismos para garanti-la. “A ideia sempre presente é da certeza do direito, da certeza de que as situações consolidadas pelo passar do tempo também estarão juridicamente asseguradas” (ALEXANDRE, 2009, p. 120).

Através da positivação de determinados princípios, a Constituição da República Federativa Brasileira limita o poder de tributação dos entes federativos, na nobre busca pela paz jurídica que tanto se almeja, coibindo o arbítrio dos administradores. “A Constituição Federal impõem *limites ao poder de tributar*, ou seja, limites à invasão patrimonial tendente à percepção estatal do tributo.” (SABBAG, 2011, p. 57, grifo do autor). O sentido de limitação ao poder de tributar é bem ilustrado no seguinte trecho:

Percebe-se que o Estado possui um poder de grande amplitude, mas esse poder não é ilimitado. A relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder, pois, como toda relação jurídica, é balizada pelo direito e, em face da interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade, o legislador constituinte originário resolveu traçar as principais diretrizes e limitações ao exercício de tal poder diretamente na Constituição Federal (ALEXANDRE, 2009, p. 98).

Como pode se notar, o ordenamento jurídico brasileiro, através de sua Carta Maior, visa também a proteção do contribuinte, hipossuficiente na relação jurídica, a fim de satisfazê-lo e manter a ordem.

Entre os princípios enumerados pela CRFB de 1988, que têm a incumbência de tutela do indivíduo face ao Estado, está o princípio da anterioridade, com redação trazida pelo artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Carta Maior. “Em suma, a ideia fundamental do princípio é proteger o contribuinte contra a imediata aplicação de normas que aumentem a carga tributária a que ele já está sujeito” (ALEXANDRE, 2009, p. 131). “Por outro lado, se de algum modo a lei beneficiar o contribuinte, rechaçado estará o princípio da anterioridade, pois tal postulado milita em favor do contribuinte, e nunca em seu detrimento” (SABBAG, 2011, p. 97). Ou seja, se a lei for criada para trazer benefícios fiscais ao contribuinte, deverá incidir de imediato. Se for criada pra prejudicar o sujeito passivo, deve obrigatoriamente respeitar o prazo estabelecido pela norma.

O cerne em questão é, portanto, retirar do Estado a possibilidade de efetuar a cobrança do tributo desde o momento da publicação do texto que o tenha aumentado ou o instituído, estabelecendo ao ente a necessidade de respeitar o prazo constitucionalmente definido, a fim de tornar legítima a exação. A redução ou exoneração do tributo podem ser aplicadas desde o momento da alteração, não necessitando se amoldar aos termos da anterioridade. “O princípio da anterioridade expressa a ideia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e

segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo, dessa forma, organizar e planejar seus negócios e atividades". (COÊLHO, 2012, p. 172).

Importante estabelecer que não se deve confundir o princípio da anterioridade com o da anualidade. Este foi trazido pela Constituição Federal de 1946 (art. 141, §34) e determinava a exigência prévia de autorização orçamentária para a cobrança do tributo. A Emenda Constitucional nº 18/1965 suprimiu a regra, que reapareceu na Constituição de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 29, com semelhante redação. Com a EC nº 01/1967 o princípio foi abolido de vez. A atual Constituição Federal não o prevê.

O professor Eduardo Sabbag explica brilhantemente o princípio em análise:

Como se pode notar, a sistemática imposta pela anualidade era simples: nenhum tributo podia ser exigido sem que a lei instituidora ou majoradora tivesse obtido, antecipadamente, a autorização orçamentária. Assim, em primeiro lugar, publicava-se a lei tributária; após, como *conditio sine qua non*, obtinha-se a prévia autorização orçamentária; com esta, a lei não poderia mais ser alterada. Diante disso, a arrecadação de um novo tributo ou um aumento dos já existentes, eventualmente não inscritos na lei orçamentária, demandaria a espera do próximo orçamento, a fim de fazer nele constar tais medidas remodeladoras. Vale dizer, portanto, que a criação de um tributo poderia ocorrer, sem problemas; todavia, a exigência dele não se daria sem antes obter-se a autorização do Poder Legislativo, por meio da anual previsão do Orçamento. No cotejo entre anualidade e anterioridade tributária, é fácil observar que a exigência atual da anterioridade é mais branda do que aquela constante da superada regra da anualidade. Nesta, como se viu, havia a necessidade

de a lei tributária ser aprovada pela lei orçamentária, além de votada pelos integrantes do Poder Legislativo. Na anterioridade, como se notar, a exigência se atém tão somente ao diferimento da eficácia da lei majoradora ou instituidora do tributo, independentemente da previsão orçamentária (SABBAG, 2011, p. 95, grifo do autor).

Pelas palavras do ilustre professor, nota-se que o princípio da anualidade é mais abrangente e conseqüentemente mais restritivo ao fisco que o princípio da anterioridade. Enquanto aquele exigia a previsão na Lei Orçamentária acerca do aumento ou criação do tributo para que pudesse ser cobrado, este não pressiona a existência de previsão orçamentária para a pronta eficácia da lei majoradora ou criadora do tributo. Exige apenas o respeito ao prazo estabelecido constitucionalmente, não importando as regras orçamentárias.

O princípio da anterioridade tem a função de responder o seguinte questionamento: "quando se deve pagar?". "Em outras palavras, o princípio da anterioridade tributária avoca a análise da *eficácia da lei tributária*" (SABBAG, 2011, p. 92, grifo do autor). Deve-se observar que não há a proibição da atividade legislativa, de aumento ou criação do tributo, mas há a vedação de que a majoração ou o surgimento do tributo não respeitem o prazo definido constitucionalmente. Isto é, o Poder Legislativo tem ampla legitimidade para exercer sua função institucional a qualquer tempo, contudo, o produto de seu trabalho, quando referente a lei que cria ou majora o tributo, somente poderá produzir efeitos a partir do prazo pré-estabelecido.

A anterioridade prevista na alínea "b" surgiu com a Constituição de 1988; já a anterioridade elencada na alínea "c" foi acrescentada com a Emenda Constituição 42/2003. "A Emenda Constitucional n. 42 aumentou a proteção, pois inseriu a alínea c ao art. 150, III, da Constituição Federal, estabelecendo que, sem prejuízo da anterioridade comum (tradicional, do exercício financeiro), muitos tributos não podem ser cobrados antes de decorrer noventa dias da data em que haja sido publicada da lei que os instituiu ou aumentou [...]" (CHIMENTI, 2011, p. 36). Surgem duas espécies

de anterioridade, igualmente importantes para a correta compreensão da forma de atuação dos tributos.

Nesse derradeiro, cada espécie de anterioridade ganha uma denominação, como é possível observar:

A alínea "b" atrela-se à "anterioridade anual", também intitulada "anterioridade de exercício", "anterioridade comum", ou, como preferem muitos estudiosos, simplesmente, "anterioridade". A alínea "c", por sua vez, refere-se à "anterioridade privilegiada", também reconhecida por "anterioridade qualificada" ou "anterioridade nonagesimal" (SABBAG, 2011, p. 91).

A anterioridade anual, portanto, afirma que o aumento do tributo ou a sua criação não poderá valer no mesmo exercício financeiro da lei que o tenha majorado ou instituído. "A cobrança do tributo está vinculada a cada exercício financeiro, que é anual, desde a Carta outorgada de 1824, coincidindo o exercício financeiro com o ano-calendário, isto é, começa no dia 1º de janeiro e termina no dia 31 de dezembro" (HARADA, 2012, p. 374). Observa-se que o termo "exercício financeiro" citado pelos doutrinadores e pela lei trata-se do ano-calendário brasileiro. Outrossim, o princípio da anterioridade não pode ser abolido de nossa Carta Magna, conforme já decidido pelo STF. "O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a garantia estabelecida pelo princípio da anterioridade caracteriza garantia individual, é cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolida ou substancialmente alterada por emenda à Constituição (ADIn 939-7-DF)" (CHIMENTI, 2011, p. 37).

A anterioridade nonagesimal, segunda espécie existente, traz a garantia ao contribuinte de que não lhe incidirá majoração ou criação de tributos antes de decorridos noventa dias da publicação da lei. "Quando da promulgação da Constituição Federal, a obediência a um prazo mínimo de noventa dias entre a data da publicação de uma lei que majorasse ou criasse tributo era aplicável exclusivamente às contribuições para financiamento da seguridade social [...] (ALEXANDRE, 2009, p. 134).

Conforme visto anteriormente, apenas com a EC nº 42/2003 houve a extensão, em regra, deste princípio para os demais tributos, ou seja, antes era previsto apenas para as contribuições sociais.

Com a modificação do texto constitucional, tornou-se possível falar em acumulação de ambas as anterioridades. "A partir do advento da EC 42/2003, portanto, em homenagem ao princípio da não surpresa, anterioridade (de exercício) e noventa passaram a ser, em regra, cumulativamente exigíveis". (ALEXANDRE, 2009, p. 136). Com a extensão da anterioridade da alínea "c" para os tributos em gerais, deixou-se de ter a ocorrência de situações completamente esdrúxulas, como já acontecera, explicada pela seguinte passagem:

Faz com que não mais possam ocorrer alterações na legislação em 31 de dezembro, como muitas vezes ocorreu, instituindo ou majorando tributos para vigência já a partir de 01º de janeiro. Muitas vezes houve até mesmo edições extras no Diário Oficial em 31 de dezembro, sábado à noite, sem que sequer tivesse chegado a circular, e que no dia seguinte, alheia ao conhecimento sequer dos mais atentos, já geravam obrigações tributárias (PAULSEN, 2008, p. 97).

Para melhor entendimento, cita-se o seguinte exemplo:

Assim, publicada a lei majoradora em março de um ano, só a partir de 1º de janeiro é que poderá incidir, quando atendidas, cumulativamente, a anterioridade de exercício (publicação num ano para incidência no exercício seguinte) e a anterioridade mínima (decorso de 90 dias desde a publicação). Publicada, contudo, no final de novembro de determinado ano, não poderá incidir já a partir de 1º de janeiro (o que atenderia à anterioridade de exercício, mas não à anterioridade mínima), tendo, sim, que aguardar o interstício de 90 dias, incidindo,

então, a partir do 91º dia, que se completará no final de fevereiro (PAULSEN, 2008, p. 97).

Contudo, não são todos os tributos que necessitam respeitar ambos os princípios. Há exceções. O artigo 150, parágrafo 1º da CRFB apresenta as exceções ao princípio da anterioridade do exercício financeiro e da anterioridade nonagesimal:

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

[...]

§ 1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

Nota-se que o princípio da anterioridade do exercício financeiro não se aplica, portanto: ao imposto de importação (II), ao imposto de exportação (IE), ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), ao imposto sobre operações financeiras (IOF), aos impostos extraordinários de guerra, aos empréstimos compulsórios, às contribuições para financiamento da seguridade social, ao ICMS monofásico sobre combustíveis e à CIDE-combustível. Em relação às duas últimas afirma-se que se trata de exceção apenas parcial.

Quanto às exceções do princípio da anterioridade nonagesimal, observa-se que não deve ser aplicado nestes tributos: imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto sobre operações financeiras (IOF), impostos extraordinários de guerra, empréstimos compulsórios, imposto de renda (IR), base de cálculo do IPTU e do IPVA. "É de notar semelhança entre a lista de exceções anterior e esta, com especial

destaque para o IR e para as alterações na base de cálculo do IPTU e do IPVA, que aqui apareceram, e o devido realce para o IPI, a CIDE-combustível e o ICMS-combustível, que para cá não vieram.” (SABBAG, 2011, p. 109). Há quem faça críticas à lista.

Torna-se possível perceber que há espécies pertencentes às duas listas. Nestes casos, poderão ser cobradas imediatamente, quando aumentadas ou instituídos. São elas: II, IE, IOF, imposto extraordinário de guerra e empréstimos compulsórios. Por outro lado, nota-se que o IPI, CIDE-combustível e ICMS-combustível estão somente na lista de exceções à anterioridade anual, podendo, portanto, ser cobrados somente noventa dias após a lei que tenha os majorado.

Por sua vez, há alguns nomes que estão somente na lista de exceções à anterioridade nonagesimal, podendo ser exigidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte a que tiver sido publicada a lei majorante ou criadora do tributo. Neste caso, são os seguintes: IR e alterações na base de cálculo de IPTU e IPVA. Importante notar que quanto às modificações das alíquotas do IPVA e do IPTU deve haver o respeito à anterioridade nonagesimal. “Neste caso, havendo lei que aumente as alíquotas, por exemplo, em dezembro de 2010, a incidência delas ocorreria, em tese no 91º dia a contar da data do aumento, isto é, em meados de março de 2011” (SABBAG, 2011, p. 112).

Por fim, o princípio da anterioridade, nos termos da Súmula Vinculante número 50 do STF, não se aplica à norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária. Igualmente não se aplica o princípio à mera atualização monetária do valor do tributo ou da sua base de cálculo.

Pelo todo o exposto, para a integral compreensão da aplicação de ambas as anterioridades é imprescindível saber exatamente quais tributos são contemplados pelas exceções. “Caso o tributo não faça parte das listas de exceções já estudadas, respeitando-se, assim, a regra geral da anterioridade, deverá ser objeto da *aplicação cumulativa* das anterioridades anual e nonagesimal” (SABBAG, 2011, p. 113, grifo do autor).

3. ISENÇÃO

3.1 Aspectos Gerais

Um das formas de a exação não incidir sobre o sujeito passivo é a exclusão do crédito tributário. “Excluir o crédito tributário significa impedir a sua constituição. Trata-se de situações em que, não obstante a ocorrência do fato gerador e o conseqüente nascimento da obrigação tributária, não pode haver lançamento, de forma que não surgirá o crédito tributário [...]” (ALEXANDRE, 2009, p. 467). “A exclusão dispensa o pagamento do crédito tributário (isenção) ou da multa (anistia), mas normalmente não exclui o cumprimento das obrigações acessórias” (CHIMENTI, 2011, p. 111).

A título de exemplo, o sujeito passivo executa o fato gerador do IPI (adquire o veículo), contudo o Poder Público não constitui o crédito, ou seja, não realiza o lançamento tendo em vista que proprietário do bem é isento do imposto em face de determinado fato que assim o qualifica (pessoa portadora de vírus HIV). Ao sujeito passivo não há possibilidade de esquivar-se da apresentação declaração da compra do veículo automotor (obrigação acessória), contudo não necessitará pagar o tributo visto que o ente assim lhe permite (através da isenção).

Existem somente duas hipóteses de exclusão de crédito tributário, quais sejam, a isenção e a anistia, conforme estipula o artigo 175 do Código Tributário Nacional:

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

II - a anistia.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela conseqüente.

Considerando a leitura do artigo supracitado, em ambos os casos não há a dispensa do cumprimento de obrigações acessórias, apesar de haver a dispensa do pagamento do tributo ou da multa. “Assim, a concessão de anistia da multa por atraso na entrega de declaração de imposto de renda

não implica dispensa da entrega da própria declaração.” (ALEXANDRE, 2009, p.468).

A principal diferença entre a anistia e a isenção é que na primeira ocorre a dispensa do pagamento da multa; já na segunda, ocorre a dispensa do pagamento do tributo. São as duas únicas espécies de exclusão de crédito tributário. “A isenção e a anistia são normas desonerativas de deveres patrimoniais do contribuinte, atingindo-se o tributo, no caso de uma lei isentante (isencional ou isentiva) ou a multa (no caso de uma lei anistiadora).” (SABBAG, 2011, p. 881).

Há estudos que indicam duas naturezas jurídicas para o instituto da isenção: a) dispensa legal do pagamento; ou b) hipótese de não incidência tributária. Tanto o CTN, quanto os julgados, adotam a primeira corrente (art. 176, inciso I, CTN). Por entender que, mesmo com a isenção, os fatos geradores continuam a ocorrer, gerando as respectivas obrigações tributárias, ficando somente excluído o lançamento tributário e, por consequência, a constituição do crédito, para o primeiro posicionamento, conclui-se que o instituto se trataria de uma dispensa legal do pagamento. “Segundo a tese que prevaleceu no Judiciário, a isenção não é causa de não-incidência tributária [...]” (ALEXANDRE, 2009, p. 468). “[...] o STF se posicionou favoravelmente à ideia originária, no sentido de que a isenção caracteriza-se como a *dispensa legal do pagamento de determinado tributo devido*, pelo que ocorre o fato gerador, mas a lei dispensa o seu pagamento” (SABBAG, 2011, p. 887, grifo do autor).

Para a outra corrente, por entender que o fato posto pela lei como isento determina a não ocorrência do fato gerador, e, conseqüentemente, bloqueia-se o surgimento da obrigação tributária, estar-se-ia diante de uma hipótese de não incidência legalmente qualificada. “Entretanto, a doutrina moderna considera a isenção como uma hipótese de não incidência legalmente qualificada, pelo que, ocorre a exclusão do fato gerador” (HARADA, 2012, p. 558).

A adoção de uma ou outra teoria, trará como consequência efeitos diferentes da relação entre a revogação da lei isentiva e o princípio da anterioridade. Assim, para o primeiro posicionamento, considerando que a

isenção é mera dispensa legal do pagamento, a lei que a revoga não tem a necessidade de observar o princípio constitucional, já que a lei de incidência do tributo permaneceu incólume durante a vigência da isenção, pois esta apenas dispensou a cobrança do pagamento, visto que os fatos geradores e a obrigação tributária continuaram acontecendo, não havendo surpresa para o contribuinte.

Para a segunda teoria, considerando que se está diante de uma obrigação recente, pois o fato gerador, durante a isenção, não permaneceu ativo, se está diante de uma nova hipótese de incidência tributo, trazida para o mundo jurídico naquele instante e, diante de tal fato, observa-se a necessidade de respeito ao princípio da anterioridade.

Ademais, a isenção deve ser prevista em lei, conforme redação do artigo 150, parágrafo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil:

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

[...]

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

O ente federativo que detém a competência para a instituição do tributo é quem ostenta, também, a legitimação para a sua isenção. "Como corolário da incidência tributária, a isenção só pode ser outorgada pelo poder público competente para instituir o imposto" (HARADA, 2012, p. 558). "Em outras palavras, a regra é que as isenções sejam autônomas (ou

autonômicas), porque concedidas pelo ente federado a quem a Constituição atribuiu a competência para a criação do tributo” (ALEXANDRE, 2009, p. 150).

Esta regra, qual seja, de não ser possível a isenção heterônoma é consolidada pelo artigo 151, inciso III da Constituição Federal. “A regra está prevista no art. 151, III, cuja redação veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Por simetria, é também possível afirmar que os Estados não podem conceder isenção de tributos municipais” (ALEXANDRE, 2009, p. 150). “Na Constituição Federal anterior havia regra expressa autorizando a União, mediante lei complementar, a isentar os contribuintes estaduais e municipais, mas a isenção heterônoma foi vedada pela Constituição Federal de 1988” (CHIMENTI, 2011, p. 112).

Em suma, não é possível que o ente não legitimado para a criação do tributo dê isenção deste, já que não possui competência para tanto. Na Constituição anterior era possível tal aberração.

A vedação se torna um importante instrumento na manutenção do pacto federativo, visto que proíbe que o “maior” interfira monetariamente no “menor”. Há exceções ao instituto. Duas estão previstas expressamente na CRFB de 1988 e uma terceira é produto de julgados do Supremo Tribunal Federal.

A que não está redigida na Magna Carta é a que trata da possibilidade de isenções de tributos estaduais e municipais através de tratado internacional. “A limitação do art. 151, III, da Constituição Federal não impede que a União, na condição de pessoa jurídica de direito externo, participe de tratado internacional que tenha por objeto a isenção de tributo estadual ou municipal (RE 229.096, j. 16-8-2007)” (CHIMENTI, 2011, p. 112). “Efetivamente, o âmbito de aplicação do art. 151, CF, é o das relações das entidades federadas entre si. Não tem por objeto a União quando esta se apresenta na ordem externa” (PAULSEN, 2008, p. 112).

Neste caso, há quem afirme não se tratar de hipótese de exceção à isenção heterônoma, haja vista que a União, ao assinar/concluir o tratado internacional, estaria na condição de representante da República Federativa

do Brasil, o que engloba todos os entes federativos, e não somente em nome do ente estatal União.

As outras duas exceções estão previstas nos artigos 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “e” e 156, parágrafo 3º, inciso II da CRFB de 1988. “A primeira exceção [...] permite que a União conceda, por meio de lei complementar, isenção heterônoma do ICMS incidente nas operações com serviços e outros produtos destinados ao exterior, além dos mencionados no art. 155, §2º, X, *a*, da CF” (ALEXANDRE, 2009, p. 150). Ocorre que com o advento da EC nº 42/2003 o ICMS deixou de incidir sobre operações que destinem quaisquer mercadorias para o exterior e sobre serviços prestados a destinatários no exterior. Com a imunidade então dada pela Constituição, o dispositivo em estudo deixou de ter efetividade, apesar de sua redação continuar expressa na CRFB de 1988.

Por fim, a última exceção, nas palavras do grande jurista Ricardo Alexandre (2009, p. 151) “se refere à possibilidade de a União conceder, também via lei complementar, isenção heterônoma de ISS, da competência dos Municípios nas exportações de serviços para o exterior (art. 156, §3º, II)”.

Registra-se que há quem entenda não ser legítimo que lei federal imponha isenção de custas judiciais, a qual se trata de tributo da espécie taxa, quando o processo tramita perante a justiça estadual. “A propósito, temos acompanhado a publicação de leis federais que isentam custas (taxas) estaduais, o que parece indicar violação à proibição das isenções heterônomas” (SABBAG, 2011, p. 278). “Não pode sequer, legislador federal, isentar a própria União e suas autarquias de taxas estaduais, como as custas judiciais” (PAULSEN, 2008, p. 113). Há inclusive súmula tratando do tema: “o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios propostas na Justiça Estadual” (Súmula 178 do Superior Tribunal de Justiça). Da leitura da súmula e das exposições constata-se a consagração da vedação da isenção heterônoma, salvo os raros casos estudados.

Para finalizar, a isenção, para Harada (2012, p. 558), “via de regra, é concedida por razões de ordem político-social, mas sempre ao interesse

público, podendo restringir-se à determinada região do território da entidade tributante”. Da leitura do artigo 176 do CTN é possível corroborar o exposto pelo professor, ao dizer que a isenção pode abranger apenas uma parte do território do ente tributante:

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

3.2 Revogação da isenção

A isenção pode ser revogada a qualquer tempo, salvo em relação às isenções onerosas. Isenção onerosa, conforme redação do artigo 178 do CTN é aquela que impõem ônus ao contribuinte a fim de obter o bônus (dispensa de pagamento). “A regra é, portanto, a possibilidade de revogação ou modificação, a qualquer tempo, da isenção não-onerosa”. (ALEXANDRE, 2009, p. 470). “A regra que prevalece na seara das isenções é a da *revogabilidade plena*. Como ressalva, destaca-se um tipo de isenção – aquela considerada *onerosa* (também intitulada bilateral ou contraprestacional), ou seja, a isenção sujeita a prazo certo e a determinadas condições [...]” (SABBAG, 2011, p. 889, grifo do autor). Portanto, grosso modo, a revogação pode ocorrer a qualquer tempo na isenção não-onerosa e não ocorrer na isenção onerosa.

Como visto, para a isenção ser classificada como onerosa necessita cumprir alguns requisitos. “Para ser abrangida pela exceção à plena revogabilidade, a isenção precisa ser concedida em função de determinada condições (onerosa) e por prazo certo. Atualmente, tem-se definido como onerosa apenas a isenção que cumpra ambos os requisitos [...]” (ALEXANDRE, 2009, p. 470). “Não há dúvida: não se pode admitir que o contribuinte-beneficiário venha a ser surpreendido com uma revogação do benefício, de modo inopinado, frustrando-lhe a sensação de confiança que

projeta na relação que o une ao Estado tributante e, agora, isentante". (SABBAG, 2011, p. 889).

Veja-se o seguinte exemplo:

A título de exemplo, imagine-se uma lei que conceda isenção de ICMS por dez anos (prazo certo) para as empresas que se instalarem no interior de Pernambuco e produzam mamona destinada à utilização no processo de produção de biodiesel (condições). A empresa que tenha cumprido os requisitos durante a vigência da lei concessória tem direito adquirido à isenção, que não pode ser revogada (ALEXANDRE, 2009, p. 470).

O Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento acima: "isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas" (Súmula 544, Supremo Tribunal Federal).

Apesar de não ser possível a revogação da isenção onerosa, é possível a retirada da lei que a instituiu. "Curiosamente, insta mencionar que se a isenção, neste caso, é irrevogável, a lei que a veicula não o é" (SABBAG, 2011, p. 889).

Isto é, se o contribuinte cumpriu os requisitos durante a vigência da lei, estando, portanto, em gozo da isenção, mesmo que a lei que a concedeu seja revogada, o beneficiário continuará a usufruir da isenção legal, tendo em vista o instituto do direito adquirido, previsto, inclusive, na Constituição Federal (Art. 5º, XXXVI).

A lei que instituiu a isenção pode ser revogada, contudo o benefício, até que o beneficiário mantenha as condições, pelo prazo previamente estipulado, não pode ser aniquilada discricionariamente. "Em resumo, a revogação da lei concessiva de isenção onerosa não tem o condão de prejudicar quem já cumprira os requisitos para o gozo do benefício legal, mas impede o gozo daqueles que não tinham cumprido tais requisitos na data da revogação da lei" (ALEXANDRE, 2009, p. 471). "De modo oposto,

esgotado o prazo estipulado para a isenção, cessa para o beneficiário o direito à isenção, mesmo que a lei não tenha sido revogada. Insistimos, então: revoga-se a lei; a isenção onerosa, não.” (SABBAG, 2011, p. 889).

Caso a lei venha isentar o tributo, o seu efeito, isto é, a desnecessidade de realizar o pagamento, deverá incidir de imediato, não se aplicando o princípio da anterioridade. “Quando determinado contribuinte é beneficiado por isenção legalmente concedida, há uma diminuição da carga tributária a que está sujeito, não havendo que se falar em qualquer prazo para que o benefício possa gerar efeitos concretos” (ALEXANDRE, 2009, p. 133).

Contudo, a dúvida que surge é se deve haver o respeito ao princípio da anterioridade quando se tratar de revogação de isenção (como visto, isenção da “espécie” não onerosa). Exemplificando, lei “A” institui isenção a determinado imposto, diminuindo, dessa maneira, a carga tributária incidente sobre o contribuinte; posteriormente, lei “B” é criada a fim de retirar a isenção dada, aumentando/retomando a carga tributária; nesse caso, deve a lei “B” incidir de imediato (desde a data de sua vigência), ou deve ser aplicada nos contornos do princípio da anterioridade anual e/ou nonagesimal?

Para melhor entendimento, torna-se necessária a leitura dos artigos 178 e 104, inciso III, do Código Tributário Nacional:

Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 24, de 7.1.1975\)](#)

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

- I - que instituem ou majoram tais impostos;
- II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

Da leitura dos dispositivos acima (artigo 178 do CTN combinado com o artigo 104, inciso III do CTN), constata-se que a revogação de isenção não onerosa pode ocorrer a qualquer tempo, sendo que a lei que a revoga entrará em vigor somente no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrer a sua publicação. Deve-se observar, contudo, de acordo com a parte final do *caput* do artigo 104, que é regra prevista apenas para os impostos sobre patrimônio e renda.

Os doutrinadores e estudiosos, da análise dos dispositivos acima, chegam a algumas conclusões. Afirma Ricardo Cunha Chimenti:

Quanto ao imposto sobre o patrimônio (IPTU, IPVA ITR etc.) e a renda, há regra expressa no sentido de que a revogação de isenção deve observância ao princípio da anterioridade (art. 104, III, do CTN). Observe-se, porém, que a regra do CTN somente não abrange de forma expressa outros tributos porque, à época da elaboração do Código Tributário (outubro de 1966), o princípio constitucional da anterioridade somente protegia os dois impostos referidos (art. 2º, II, da EC n. 18, de 6-12-1965) (CHIMENTI, 2011, p. 113)

Para este professor pode-se concluir, portanto, que o dispositivo analisado (artigo 104, inciso III, CTN) possui vigência, devendo haver o respeito ao princípio da anterioridade na revogação de isenção, por expressa obrigação legal (CTN), nos casos de tributo sobre patrimônio e renda. O que não retira a incidência do princípio, também, aos outros impostos que constitucionalmente há previsão, conforme trecho da obra do mesmo professor:

Parte da doutrina, que entendo correta, sustenta que a exigência de qualquer tributo tão logo é revogada a isenção ofende o princípio da segurança

das relações jurídicas, devendo ser observada a anterioridade comum e também a anterioridade nonagesimal (salvo em relação aos tributos cuja própria instituição não se sujeita a tais garantias) (CUNHA, 2011, p. 113).

Já o professor Leandro Paulsen relata que as restrições trazidas pelo artigo 104, inciso III, do Código Tributário Nacional, não foram recepcionadas pelas Constituições seguintes ao CTN. Nesse caso, deve haver submissão diretamente às regras de anterioridade postas pela Constituição Federal, e não só em relação aos tributos citados pelo CTN. Este posicionamento constata-se em seu livro:

A referência, no texto do art. 104, III, *c*, do CTN, apenas aos tributos sobre o patrimônio ou a renda e à anterioridade de exercício não deve impressionar, pois tais restrições não foram recepcionadas pelas normas constitucionais posteriores. O respeito à anterioridade, para quaisquer tributos, salvo as exceções constitucionais, se impõe por força de aplicação direta dos próprios artigos 150, III, *b* e *c*, e 195, §6º, da Constituição, na medida em que a revogação de isenção, assim como a de qualquer outro benefício fiscal, implica aumento de carga tributária a ser suportada pelo sujeito passivo (PAULSEN, 2008, p. 181).

Portanto, para o citado doutrinador, ao que parece, primeiramente deve-se saber a qual espécie do princípio da anterioridade (anual ou nonagesimal ou ambas) está adstrito o tributo para, posteriormente, saber se há ou não a aplicação do princípio em estudo na revogação de isenção. “A isenção constitui benefício fiscal passível de revogação, a qualquer tempo (art. 178), produzindo efeitos assim que cumprido o requisito da anterioridade, seja a de exercício ou a nonagesimal especial ou mínima” (PAULSEN, 2008, p. 181).

Ricardo Lobo Torres (p. 310) citado por Sabbag (2011, p. 392) indica ir ao encontro do que afirma Leandro Paulsen:

O Supremo Tribunal Federal disse (Súmula 615) que, se se tratasse de ICM, não ficava sujeita ao princípio da anterioridade. Não examinou o Supremo essa questão da concorrência e da eficiência das normas, tendo trabalhado apenas com o art. 104 do CTN. Ora, o art. 104 do CTN foi redigido na vigência da Emenda Constitucional 18, de dicção autoritária, que restringia o princípio da anterioridade aos impostos sobre patrimônio e renda. Posteriormente, a Constituição 1967/69 estendeu o princípio da anterioridade também aos impostos sobre a produção e a circulação. Logo, todos os impostos, inclusive ICMS e com a ressalva apenas daqueles excepcionados pela própria Constituição, estão sujeitos ao princípio da anterioridade, transferindo-se a eficácia da norma que revoga a isenção para o dia 1º de janeiro do ano seguinte. Mas a isenção concedida a prazo certo e sob determinadas condições é irrevogável, pois se integra ao estatuto do contribuinte (LOBO, p. 310 apud SABBAG, 2011, p. 892).

O professor Sacha Calmon Navarro Coêlho parece ratificar o entendimento acima:

De observar, na espécie, o art. 104, III, que, na livre revogação das isenções, manda observar o princípio da anterioridade, e não apenas no que tange aos impostos sobre o patrimônio e a renda. A redação do art. 104 do Código é assim porque a Constituição de 1946, com a redação da Emenda nº 18, vigente no tempo em que ele foi promulgado, restringia a anterioridade aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Agora a Constituição é outra. A cronologia há

que ser respeitada, mas com o fito de tornar eficaz e coerente o CTN em relação à Constituição atual, que manda aplicar o princípio generalizadamente, salvo as exceções do seu próprio texto (COÊLHO, 2012, p. 762)

Para este estudioso, portanto, na revogação da isenção anteriormente concedida é necessário observar, primeiramente, qual o tributo que voltará a ser cobrado. Em seguida, deve-se analisar cuidadosamente a Constituição da República Federativa Brasileira a fim de observar se o tributo em questão possui exceção a alguma das anterioridades. Assim, poderá voltar a ser cobrado de imediato, caso haja exceção a ambas as anterioridades; ou terá o retorno da sua cobrança somente após o respeito ao prazo constitucionalmente previsto.

Já o jurista Luiz Felipe Silveira Difini, contrário às teses expostas pelos professores Sacha Calmon Navarro Coêlho, Ricardo Lobo Torres e Leandro Paulsen, trata do tema da seguinte forma:

A revogação das isenções é questão que apresenta vários problemas jurídicos. Sobre ela dispõe o art. 178 do CTN nestes termos: "a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104". Uma vez revogada a regra isentiva, que obstava a incidência da regra de tributação, esta passa a incidir em sua plenitude, surgindo a obrigação tributária (dita principal): de pagar tributo. Questão relevante diz com a observância, na revogação de isenções, da regra de anterioridade. Este o significado da remissão, da parte final do art. 178 do CTN, ao inciso III do art. 104. Esse texto dispõe que só produzem efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte à sua publicação dispositivos de lei, referente a impostos sobre o patrimônio ou a renda, "que extinguem ou reduzem isenções". A norma estava em consonância com a

Emenda Constitucional n.18 à Constituição de 1946, vigente quando da promulgação do Código, que revogou o § 34 do art. 141 da Constituição de 1946 e limitou a aplicação do princípio da anterioridade aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Hoje vigora o art. 150, III, *b*, da Constituição Federal de 1988, que não contém limitação: é vedado exigir quaisquer tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Com relação a isenções, no entanto, não há qualquer regra constitucional mandando observar o princípio de anterioridade quando de sua revogação. Portanto, no que concerne à revogação de isenções, a limitação só se encontra na lei complementar e não na Constituição. Há, apenas, a regra do art. 104, III, do CTN, que diz só produzirem efeitos no exercício seguinte dispositivos de lei que reduzam ou extingam isenções *de impostos sobre o patrimônio ou a renda*. Assim, se for revogada ou extinta isenção de impostos sobre o patrimônio ou a renda (imposto de renda, IPTU, ITR, IPVA), o imposto só poderá ser exigido no exercício seguinte ao da publicação da lei revogadora da isenção. Se revogada isenção de outros tributos (impostos sobre circulação de riquezas – ICMS, IPI, importação, exportação, ISQN etc., taxas, contribuições de melhoria, outras contribuições ou empréstimos compulsórios), o tributo poderá ser exigido de imediato, sem observar requisito de anterioridade. Embora a crítica de parte da doutrina, esta a interpretação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da anualidade (§29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção de ICM (Súmula 615). Não é possível aplicar por extensão à revogação de isenção o princípio da anterioridade, constitucionalmente previsto para instituição de quaisquer tributos, porque

regras sobre isenções interpretam-se literalmente (CTN, art. 112) (DIFINI, 2008, p. 323-324, grifo do autor).

Nota-se que para o doutrinador acima citado a revogação da isenção, caso não se trate de imposto sobre a renda ou sobre o patrimônio, deverá voltar a incidir de imediato. Para ele, apenas os impostos sobre o patrimônio e renda, por expressa disposição legal (CTN), possuem o “benefício” de somente ser exigido no exercício seguinte ao da publicação da lei revogadora da isenção.

Paulo de Barros Carvalho é favorável ao contribuinte, ou seja, de que deve ser respeitado o princípio, conforme assentado em sua obra:

É questão assente que os preceitos de lei que extingam ou reduzam isenções só devam entrar em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que forem publicados. Os dispositivos editados com esse fim equivalem, em tudo e por tudo, aos que instituem o tributo, inaugurando um tipo de incidência. Nesses termos, em homenagem ao princípio da anterioridade, o termo inicial de sua vigência fica diferido para o primeiro dia do próximo exercício (CARVALHO, 2007, p. 514).

Hugo de Brito Machado citado por Camera (16 jun. 2008), “também sustenta que a revogação de uma lei que concede isenção geral equivale à criação de tributo e, por isso, deve ser observado o princípio da anterioridade da lei, assegurado pelo art. 150, inciso III, alínea ‘b’ da CRFB”.

Emygdio citado por Camera (16 jun. 2008) esclarece que na isenção não há incidência e, em conseqüência, não se instaura a relação jurídico-tributário, inexistente obrigação tributária e o tributo não é devido [...] Assim, se a lei isencional vier a ser revogada, a lei de incidência readquire a sua eficácia. Pondera que o art. 104 do CTN aplica-se a qualquer tributo, com exceção apenas dos tributos ressalvados pela Constituição, pois o intérprete deve ler o dispositivo, fazendo uma interpretação com base nos arts. 150, III, ‘b’ e ‘c’ e §1º; art. 148, I, e art. 195, §6º.

Para Luciano Amaro (2006, p. 286), se o tributo está sujeito ao princípio da anterioridade tributária, deve haver obediência ao aludido princípio quando da revogação de uma isenção, eis que haveria o mesmo efeito de uma regra de tributação.

O Supremo Tribunal Federal possuía posicionamento no sentido de não ser necessário o respeito ao princípio da anterioridade na revogação da isenção. Assim dizia o brilhante professor Sabbag:

O STF tem entendido que, tirante o caso da isenção onerosa (submetida a lapso temporal e certas condições), a revogabilidade dessas isenções não dotadas de onerosidade poderá ocorrer a qualquer tempo, sem a necessidade de respeitar o princípio da anterioridade tributária, devendo o tributo ser imediatamente exigível (SABBAG, 2011, p. 892).

Corroborava esta conclusão o professor Ricardo Alexandre:

Há de se ressaltar que o STF entende que a revogação de isenção não se equipara à criação ou à majoração de tributo, sendo apenas a dispensa legal do pagamento de exação já existente, de forma que o tributo volta a ser imediatamente exigível, não sendo aplicável o princípio da anterioridade (RE 204.062). A decisão é antiga e um tanto quanto nebulosa, visto que não deixa claro a que espécies de tributo se aplica (ALEXANDRE, 2009, p. 134).

Ocorre que, no ano de 2014, o STF, através da Primeira Turma, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, decidiu de maneira contrária à posição que já havia externado. Trata-se do RE 564.225/RS, julgado em 02 de setembro de 2014. Por este julgado, o Supremo decidiu que o aumento indireto de ICMS promovido em razão de revogação de benefício fiscal deve observar a aplicação do princípio da anterioridade.

Segue o Acórdão:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – 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 artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (RE 564225 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Ao tratar sobre esta decisão, relata Ricardo Alexandre:

No novo julgado, o Supremo Tribunal Federal, invocando justamente a interpretação teleológica do princípio, afirmou que a anterioridade "visaria garantir que o contribuinte não fosse surpreendido com aumentos súbitos do encargo fiscal, o que propiciaria um direito implícito e inafastável ao planejamento".

Nesse contexto, entendeu que "toda alteração do critério quantitativo do consequente da regra matriz de incidência deveria ser entendida como majoração do tributo" e, dessa forma, sujeita à anterioridade (RE

564.225 AgR/RS). A decisão é da Primeira Turma do Tribunal, mas, conforme afirmado, mostra que a tendência é bastante clara no sentido de afirmar que a revogação de qualquer benefício fiscal configura aumento indireto de tributo e, justamente por isso, somente gera efeitos financeiros no exercício subsequente ao da publicação da lei revogadora. (ALEXANDRE, 2017, p. 168)

Sobre o mesmo julgado, afirma o jurista Leandro Paulsen:

Mais recentemente, em 2014, no RE 564.225 AgR, o STF passou a decidir pela afirmação da garantia constitucional, entendendo que “Promovido aumento indireto do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — 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 artigo 150, da Carta”. Neste feito, o ministro-relator lembrou o julgamento, no mesmo sentido, da ADIMC 2.325, ainda em 2004, quando o tribunal reconheceu, por unanimidade, a necessidade de observância da anterioridade quando da redução de benefício fiscal relativo ao aproveitamento de créditos. Na oportunidade, também relator o Ministro Marco Aurélio, já fora afirmado com muita propriedade no voto condutor, acerca do dispositivo que consagra a anterioridade de exercício: “há de emprestar-se eficácia ao que nele se contém, independentemente da forma utilizada para majorar-se certo tributo. O preceito constitucional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter

eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita". (PAULSEN, 2017, p. 141)

Em decisão recentíssima, o STF, através da Segunda Turma, reiterou tal posicionamento, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1081041:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. REINTEGRA. Decreto nº 8.415/15. Princípio da anterioridade nonagesimal. 1. O entendimento da Corte vem se firmando no sentido de que não só a majoração direta de tributos atrai a aplicação da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. 2. Negativa de provimento ao agravo regimental. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem (Súmula 512/STF). (RE 1081041 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 26-04-2018 PUBLIC 27-04-2018)

Portanto, a tendência é o que STF mantenha o novo posicionamento, o qual é acompanhado pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros. Por este caminho, há o favorecimento do contribuinte que, diante da revogação da isenção, não será mais surpreendido com a imediata cobrança.

Conforme apontado no início do trabalho, a adoção de uma máxima ou outra, isto é, pela necessidade de respeito ou não da aplicação do princípio da anterioridade na revogação da isenção, ao que tudo indica, passa pela natureza jurídica adotada do instituto da isenção. Adotando-se a corrente que se trata de dispensa legal do pagamento, a tendência é de que não se mostre preciso o respeito ao princípio; utilizando-se a segunda corrente (hipótese de não incidência), observa-se que é preciso respeitar a anterioridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto, conclui-se que há diferentes entendimentos sobre o tema proposto. Viu-se que a matéria não tem importância em relação às isenções condicionadas, aquelas concedidas por tempo e mediante o cumprimento de determinadas condições, pois se tratam de benefícios irrevogáveis. Isto é, enquanto não cessar o lapso temporal determinado pela lei e houver o cumprimento dos requisitos por ela impostos, a isenção permanecerá intacta no patrimônio jurídico do beneficiário, pouco importando a revogação ou não da lei. Por conseguinte, o tributo somente voltará a ser cobrado com o advento do termo e/ou a falta da permanência das condições. Caso lei sobrevenha revogando a isenção anteriormente dada, desde que o contribuinte já tenha adquirido o direito de se isentar da cobrança do tributo por determinado período, nada poderá lhe ser cobrado. Dessa forma, a problemática sobre a aplicação do princípio da anterioridade tem vez somente nas isenções incondicionais.

De um lado havia o posicionamento do Órgão Supremo afirmando que lei que tem por objeto a revogação de isenção não necessitaria respeitar o princípio da anterioridade. Ou seja, os efeitos decorrentes da revogação da isenção operariam de imediato, fazendo com que a tributação, que se encontrava dormente, voltasse a incidir sobre o contribuinte. Não haveria necessidade de comprometimento com a anterioridade anual ou nonagesimal. Tratava-se de uma visão favorável ao fisco, portanto. Apesar disso, é impossível e incoerente afirmar que se trata de uma visão completamente consolidada pelo STF, contudo, é o caminho que se trilhou, até então, nos julgados sobre o tema.

Por outro lado, os doutrinadores possuem uma visão, até então, diferenciada do pensamento do STF, existindo algumas divergências internas. Uma minoria entende que somente nos tributos referenciados pelo artigo 104, inciso III, do Código Tributário Nacional, há a necessidade de se respeitar o princípio da anterioridade, seja anual, seja nonagesimal, ou ambas. Para estes, somente no caso dos impostos sobre propriedade e sobre a renda é que deve haver a aplicação da anterioridade, tendo em vista a imposição legal (CTN). Já para a grande parcela, deveria haver a incidência do princípio da anterioridade, seja espécie que for (anual e/ou nonagesimal), na revogação da isenção, devendo se observar, contudo, se a

Constituição da República Federativa Brasileira impõem exceção ou não do princípio ao tributo em questão. Assim, caso a CRFB nada excepcione em relação a determinado tributo, a este deve ser respeitada a anterioridade plena na revogação da isenção.

Dessa maneira, a doutrina, seja pela aplicação do princípio apenas nos casos de impostos sobre propriedade e renda, seja pela aplicação em todos os tributos não excepcionados do princípio pela Constituição, é favorável aos contribuintes.

O STF, em decisões recentes, apesar de não tratar especificamente do tema isenção, parece estar superando o seu antigo entendimento, aliando-se à posição defendida pela doutrina, no sentido de que é necessário aplicar o princípio da anterioridade na revogação de benefício fiscal, dando eficiência ao direito fundamental da não surpresa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, 25 de outubro de 1966.

CAMERA, José Augusto Vieira. **A observância do princípio da anterioridade na revogação de uma isenção incondicionada**. Jus

Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1811, 16 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11357>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

ISENÇÃO DO IRPF NAS DOENÇAS GRAVES NA ATIVIDADE, INATIVIDADE E NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

RESUMO: Neste artigo procuramos mostrar ao leitor a isenção do IRPF na atividade, inatividade e na previdência complementar, concedidas aos portadores de doenças graves. O direito à isenção está previsto na Lei nº 7.713/1988 regulamentada no Decreto nº 3000/1999, que aprovou o RIR, bem como a Solução de Consulta nº 152/2016, da Cosit, que isenta do IR o plano PGBL; não obstante, o referido direito vem sendo discutido nos tribunais do País com algumas decisões desfavoráveis aos portadores de doenças graves numa afronta constitucional no que diz respeito ao conceito holístico da saúde integral. Por essas razões, buscamos, por intermédio das jurisprudências e da melhor prática do Direito Tributário, esclarecer os aspectos polêmicos das normas, tais como o impedimento da isenção da previdência complementar, esta procurada pelos trabalhadores por motivo da falta de sincronismo na consciência financeira do Estado nos proventos da aposentadoria, enfim, das decisões que dificultam o Estado de garantir aos portadores de doenças graves os direitos constitucionais à saúde de forma integral, assim como às conquistas junto ao TRF.

Palavras-chaves: portadores de doenças graves. Isenção do IRPF. Saúde. Atividade. Inatividade. Previdência Complementar. Aposentadoria. Progressividade. Incidência. Carga Tributária. Planos VGBL e PGBL.

RESUMÉ: Dans cet article on a cherché montrer au lecteur la question de l'exemption du IRPF (Impôt sur le revenu) dans ce que concerne l'activité, l'inactivité et la prévoyance complémentaire, concédées a personnes avec maladies graves. Le droit a l'exonération c'est prévu dans la loi n° 7.713/1988 réglée par le Décret n° 3000/1999, lequel a approuvé le RIR, et aussi la Solution de Consultation n° 152/2016 de la Cosit que exonère le plan PGBL du IR; cependant, ce droit est discuté aux tribunaux du Brésil avec quelques décisions défavorables a personnes avec maladies graves, ce que représente un outrage constitutionnel dans ce que concerne le concept holistique de la santé intégrale. En considérant ces motifs, on a cherché dans la jurisprudence et dans la meilleure pratique du Droit Tributaire éclairer les aspects polémiques de normes, comme l'empêchement de l'exonération de la prévoyance complémentaire, qui est cherchée par les travailleurs à cause de la faute de synchronisme dans la conscience financière de l'État sur les paiements de la retraite; et pour conclure, considérant les décisions que dificultent l'État de garantir les droits constitutionnels à la santé intégrale a personnes avec maladies graves, et aussi le droit de conquête avec le TRF.

Mots-clés: personnes avec maladies graves; exonération du IRPF; santé intégrale; activité, inactivité, prévoyance complémentaire; retraite.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da Progressividade do Imposto de Renda – IR. 3. Doenças Graves: isenção do IRPF na atividade, inatividade e na previdência complementar. 4. Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

A Lei n° 7.713 de 22/12/1988 publicada no DOU de 23/12/1988 e o Decreto n° 3.000 de 26/03/1999, que aprovou o Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (RIR), instituíram normas sobre o direito à isenção do IR, nos casos de doenças graves. Porém, tais direitos à isenção do IR concedidos aos portadores de doenças graves são objetos de discussões nos tribunais do País.

De sorte que procuramos mostrar ao leitor, por meio das decisões do TRF, leis, Solução de Consulta nº 152 de 31/10/2016, da Cosit, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49, bem como a melhor prática do Direito Tributário, tomando-se por base as interpretações constitucionais em relação aos direitos dos portadores de doenças graves, no que diz respeito à isenção do IR.

Assim, o não reconhecimento do Estado da isenção do IR, a exemplo da previdência complementar, embora haja o reconhecimento da isenção pela SRFB apenas para o denominado Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, no contexto nosso entendimento é que não garante o direito constitucional à saúde integral aos portadores de doenças graves, seja na atividade, inatividade ou na previdência complementar, que é procurada pelos trabalhadores por motivo da falta de sincronismo na consciência financeira do Estado nos cálculos dos proventos da aposentadoria oficial do INSS. Também mostramos que os Planos da Previdência Complementar possuem uma elevada carga tributária na incidência do IR.

Ainda, neste trabalho procuramos mostrar, junto ao Tribunal Regional Federal (TRF), a conquista dos portadores de doenças graves no que se refere à isenção do IRPF, mesmo em atividade com vínculo empregatício ou não, conforme decisões do Acórdão do Desembargador Federal Tolentino do Amaral.

2 – PRINCIPIO DA PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO DE RENDA – IR

Em relação ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – IR, o art. 153, §2º, I, da CF/1988, estabelece que o referido imposto é informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

De sorte que a progressividade do Imposto de Renda tem como objetivo alcançar todas as pessoas com seus rendimentos, cuja alíquota incidirá por meio de uma tabela divulgada pela SRFB, caracterizada por alíquotas maiores e menores, tomando-se por base a capacidade econômica do contribuinte.

Entretanto, entendemos que a cobrança desse imposto é injusta; por esse motivo, necessita de sérias mudanças a fim de atender com justiça o princípio da capacidade contributiva. De fato, o ente federativo restringe o contribuinte, por exemplo, quando limita as deduções sobre os gastos com educação; também considera para efeito de abatimento as despesas com dependentes limitando a idade de 24 anos, quando nos países desenvolvidos essa idade é em média 28 anos, quando exige do idoso com mais de 60 anos o pagamento do imposto.

Enfim, é escorchante a cobrança do referido imposto, principalmente para os contribuintes pessoas físicas, no caso os assalariados, pois as pessoas jurídicas, conforme suas atividades econômicas, são beneficiadas com Incentivos Fiscais, que na verdade o Poder Público abdica de uma arrecadação do presente postergando-a para o futuro em alguns benefícios fiscais, já em outros há uma grande perda na arrecadação.

De fato, as pessoas físicas são menos privilegiadas por meio de benefícios fiscais, inclusive aqueles existentes são obtidos por um preço muito alto para o beneficiário, a exemplo daqueles que são concedidos para os portadores de doenças graves que possuem o benefício fiscal da isenção do IR; todavia, eles se deparam com as amarras do ente federativo que restringe e dificulta sua utilização adotando uma postura mais fiscalista do que a própria garantia constitucional, a exemplo do direito à saúde e à vida, asseguradas na nossa Carta Política.

3 – ISENÇÃO DO IRPF NAS DOENÇAS GRAVES NA ATIVIDADE, INATIVIDADE E NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

No que diz respeito ao direito à isenção do IRPF, figuramos como litigante contra a União, e obtivemos sucesso, pois a Corte Especial do TRF, por meio dos Embargos Infringentes pelo Acórdão nº 0009540-86.2009.4.01.3300, por unanimidade negou provimento à embargante Fazenda Nacional, sendo o referido Acórdão lavrado pelo Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, em 30 de janeiro de 2013 e transitado em julgado no dia 8 de maio de 2013.

Enfim, com muita sabedoria o Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, no seu voto, esclarece:

Não fosse epidérmico aquilatar que, em qualquer caso, a moléstia induz perda ou redução da capacidade contributiva, o ser humano e a patologia que porventura lhe acometa, frisa-se, não são entes dicotômicos ou estanques (há, no todo, um só alguém gravemente adoecido), sendo inimaginável crer em contribuinte que, para fins tributários, se possa separar em “sadio para fins de rendimentos ativos” e, simultaneamente, “doente quanto a proventos”: **não se pode conceber tal monstruosidade, que**

atenta contra a própria gênese do conceito holístico de saúde integral, que envolve o direito à vida, à consciência, à crença, à honra, à imagem, à intimidade, itens que não se podem fictamente seccionar. Normas jurídicas nascem para pacificar o tecido social, não para causar estupor nem sensação de abandono^[1].

Não obstante, ao ser protocolada a petição para fins de cumprimento da obrigação de fazer, pelo autor da demanda, o juízo *a quo*, da 4ª Vara Seção Judiciária da Bahia, em relação ao Acórdão transitado em julgado em 8/5/2013, acolheu apenas as isenções do Imposto de Renda (IR) relativo aos salários da ativa oriundos do vínculo empregatício, bem como sobre os proventos da aposentadoria pública (INSS).

Ocorre que, para nossa surpresa, o Juízo *a quo* não acolheu ao pedido relativo aos resgates da aposentadoria privada (BRASILPREV), aliás, numa total afronta ao espírito do Acórdão no que diz respeito ao conceito holístico da saúde integral, em que de forma definitiva é consignado no referido Acórdão com a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, ou seja, foi concedida isenção do IR para o portador de doença grave.

Assim, após cinco anos da data em que foi protocolada a petição inicial sobre o pedido de isenção do Imposto de Renda no TRF, o autor no dia 20/01/2014, protocolou o Agravo de Instrumento sob o nº 0002667-03.2014.4.01.0000, no Tribunal Regional Federal, recomeçando sua *via crucis* no referido tribunal.

De forma que, decorridas várias tramitações processuais, finalmente foi julgado o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, na 12ª Sessão Ordinária da Oitava Turma, realizada em 02/05/2016, cujo Relator foi o Exmo. Dr. Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, ocasião em que a turma, por unanimidade, conforme voto do Relator, nos termos da sua decisão^[2], deu provimento ao agravo regimental para, reformando a decisão de fls. 350/351, negar provimento ao agravo instrumento, decidindo:

[...]

Neste Corte, a Oitava Turma, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Federal Souza Prudente, ao apreciar o recurso de apelação do autor, deu-lhe parcial provimento apenas para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, também em relação à incidência do imposto de renda sobre a remuneração por ele auferida em atividade (f. 190).

[...]

Nesse contexto, considerando ter sido reconhecido ao exequente na demanda originária o direito à isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria pagos pelo INSS e a remuneração por ele auferida em atividade, não tendo sido acolhido o pedido relativo aos valores percebidos a título de complementação de aposentadoria de entidade de previdência privada, o acolhimento do pleito de intimação da seguradora de previdência

privada para que não efetue a retenção do imposto de renda sobre os valores não pode prevalecer porque não encontra amparo no título judicial.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para, reformando a decisão de fls. 350/351, negar provimento ao agravo de instrumento.

Por essa razão, contra a decisão do Relator, aprovada no julgamento realizado em 02/05/2016, na 12ª Sessão Ordinária da Oitava Turma, foi interposto Recurso Especial ao Presidente do TRF, em 01/07/2016, protocolado sob o nº 16339921, que por meio da decisão de 14/12/2016, do Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, o Presidente do TRF, Exmo. Dr. Desembargador Federal Hilton Queiroz, não admitiu o recurso especial[3].

Ora, com a devida vênia, permita-nos fazer um corte hermenêutico contra as decisões proferidas, quer seja do Juízo *a quo*, quer seja dos ilustres Desembargadores Federais, bem como da decisão do Presidente do TRF. De fato, o Acórdão do Desembargador Federal Souza Prudente[4], no seu voto-vista, esclareceu as causas de pedir do autor e seu direito de isenção do Imposto de Renda por ser portador de doença grave, conforme consta nas peças processuais.

Pois no referido voto deu provimento, em parte, declarando a inexistência da relação jurídico-tributária entre as partes em relação à incidência do imposto de renda sobre os rendimentos na atividade e na inatividade, porém, não acatou o pedido da suspensão dos efeitos do benefício da assistência judiciária gratuita; por esses motivos, o referido voto foi fundamental para elucidações das decisões anteriores, inclusive para as demais decisões.

Nesse sentido, o Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, em seu Acórdão dos Embargos Infringentes nº 2009.33.00.009545-1/BA[5], esclarece:

[...]

O autor também apelou, pedindo a procedência integral do seu pedido.

Em sessão de 18/NOV/2011 (f. 221/2), a T8/TRF1, **por unanimidade**, deu provimento, em parte, ao agravo retido da FN (só para afastar a gratuidade de justiça) e, **por maioria**, Rel. p/acórdão Juiz Federal SOUZA PRUDENTE, vencido o Juiz Federal CLEBERSON JOSÉ ROCHA, negou provimento à sua apelação e à remessa oficial e deu provimento, em parte, à apelação do autor para, desde 04/AGO/2008, afastar o IRPF sobre os proventos de aposentadoria (RGPS/INSS) e, ainda, sobre os rendimentos da atividade, assegurada a restituição do indébito, agregada apenas a SELIC.

[...]

Em reforço de argumento ou variante intelectual, se a troca "voluntária" do descanso e do emprego, nos casos, respectivamente, da conversão da licença-prêmio por pecúnia e da adesão aos programas coletivos de demissão, qualifica os valores auferidos ao grau de "indenizatórios", como não se conceber que as verbas (provento/inatividade ou remuneração/atividade) recebidas por quem, de modo "compulsório", viu-se portador de moléstia que a lei afirmou de suma complexidade, não tragam consigo o tom da isenção, pela perda ou redução do direito humano fundamental de crer-se para sempre são, de imaginar eternidades, de ver-se avô sadio a brincar com netos.

Portanto, retomando a decisão do Desembargador Federal Souza Prudente^[6], no seu voto, ele conclui:

[...]

Com estas considerações, **dou parcial provimento ao agravo retido** interposto pela União e, pedindo vênia ao eminente Relator, **dou provimento, em parte, ao recurso de apelação do autor suplicante**, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, também em relação à incidência de imposto de renda sobre a remuneração por ele auferida em atividade, e **nego provimento à remessa oficial e ao apelo da União (Fazenda Nacional)**, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida.

Assim, entendemos que os nobres julgadores, ao interpretarem os Acórdãos dos Desembargadores Souza Prudente e Luciano Tolentino Amaral, não analisaram a isenção do Imposto de Renda na causa de pedir do autor no contexto dos referidos Acórdãos, os quais não citam taxativamente sobre a isenção do Imposto de Renda – IR, no resgate da previdência privada da BRASILPREV, o que no mínimo ocorreu um **erro de vício** e não o **direito da isenção do IR**, pois os julgadores seguintes esbarraram tão somente numa formalidade processual usual nos tribunais, ou seja, aquilo que não está descrito não foi deferido, aliás, resultando numa interpretação equivocada em hermenêutica.

Ora, a isenção do Imposto de Renda – IR, concedida pelo Tribunal Regional Federal – TRF, conforme os Acórdãos citados no presente trabalho, está ligada ao fato de o autor da demanda ser portador de doença grave, ou seja, neoplasia maligna. Assim, mostraremos neste trabalho que os tribunais de nosso país não possuem uniformidade em suas decisões, ocasionando uma derrama de decisões injustas, falta de imparcialidade^[7] e ativismo judicial^[8].

De fato, Umberto Machado de Oliveira e Leonardo Fernandes dos Anjos^[9] esclarecem:

Em situações onde a lei não é clara, o intérprete não pode simplesmente invocar o texto legal porque o texto, por si só, admite mais de uma interpretação. A

escolha entre os critérios de interpretação (gramatical, histórico, teleológico, sistemático etc.) é uma escolha que dependerá de outras razões além da mera análise do texto normativo. Nesse caso, o juiz necessariamente terá que buscar um argumento extra fora da lei, ou melhor, além da lei. O magistrado terá que analisar as consequências possíveis que sua decisão eventualmente terá no mundo real e, com base nisso, justificar a sua escolha.

Ainda, como mencionamos, o próprio TRF possui decisão beneficiando o portador de doença grave, a exemplo da neoplasia maligna, reconhecendo a isenção do Imposto de Renda – IR, no plano de previdência privada, por meio da Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança REOMS 4474 SP, processo nº 2004.61.00.004474-5 (TRF-3)[10], senão vejamos:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE ESPECIFICADA EM LEI. ISENÇÃO. ART. 6º, INC. XIV, DA LEI Nº 7.713/88. ART. 39, §6º, DO DECRETO Nº 3.000/99. 1. A Lei nº 7.713/88 e o Decreto nº 3.000/99 garantem a isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria percebidos pelo portador de neoplasia maligna, tal qual a hipótese dos autos, em que o impetrante foi aposentado por invalidez, em decorrência de tal moléstia, conforme carta de concessão do INSS, com início de vigência em 25/06/2003. 2. A isenção do imposto de renda, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte, visa desonerá-lo devido aos encargos financeiros relativos ao próprio tratamento da doença. 3. No caso, o impetrante, como participante contribuinte do BANESPREV, em virtude de sua aposentadoria por invalidez, teve direito ao resgate de 100% (cem por cento) do saldo existente em seu

nome no respectivo plano de previdência privada. Trata-se, portanto, de benefício recebido a título de complementação à aposentadoria do impetrante, em virtude da doença especificada em lei. 4. Em respeito ao princípio da igualdade tributária, a isenção do IRRF, prevista no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, abrange também os valores oriundos de aposentadoria complementar, em decorrência da neoplasia maligna que afligiu o impetrante, e que se encontra documentalmente comprovada nos autos. 5. É de se observar que o art. 39, §6º, do Decreto nº 3.000/99 prevê que a isenção do referido tributo também se aplica à complementação de aposentadoria. 6. Precedentes deste E. TRF e do E. TRF 4º Região. 7. Remessa oficial improvida.

Em relação à decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal, Exmo. Dr. Desembargador Federal Hilton Queiroz que, por meio da decisão de 14/12/2016, não admitiu o Recurso Especial, referente à decisão do Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, entendemos que existiu um ativismo judicial, ocasião em que o judiciário não considerou uma norma do executivo, ou seja, a Solução de Consulta nº 152-Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49, no que diz respeito à isenção do Imposto de Renda, concedida aos portadores de doenças graves nos casos do plano PGBL da previdência complementar, que é o caso do autor da demanda.

Vale ressaltar que, data vênua, na dúvida sobre o espírito do Acórdão do Desembargador Federal Tolentino do Amaral, o qual declara a inexistência da relação jurídico-tributária entre as partes, concedendo ao portador de doença grave isenção do IR, na atividade, inatividade e na previdência privada, o Relator, Exmo. Dr. Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, que negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, poderia, no nosso entendimento, buscar argumentos extras fora da lei, ou melhor, além da lei, segundo ensinamentos da doutrina pátria citada neste trabalho.

Nesse contexto, a Solução de Consulta da Cosit poderia ser utilizada pelo ilustre Relator, pois foi provocada por entidade da previdência complementar, que obrigatoriamente deverá cumprir a orientação constante na Solução de Consulta nº 152/2016, da Cosit; além do mais, o seu efeito vinculante aplica-se às demais previdências privadas.

De fato, o ato administrativo da espécie normativa, denominado Solução de Consulta, tem força regulamentar, considerando suas qualidades jurídicas, tais como presunção de legitimidade, imperatividade, coercibilidade e excoutoriedade. Além do mais, a Instrução Normativa RECEITA FEDERAL DO BRASIL – RFB nº 1.434, de 30/12/2013, publicada no DOU de 02/01/2014^[11], estabelece que a Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência têm efeito vinculante no âmbito da RFB, senão vejamos:

Art. 1º Os arts. 3º, 8º, 9º, 15, 23, 25 e 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

“Artigo 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.”

Desse modo, a Coordenação-Geral de Tributação, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da referida Solução de Consulta nº 152 da Cosit, de 31/10/2016^[12], concluiu:

Diante do exposto, proponho que a presente consulta seja solucionada informando-se à consulente que:

- a) Em razão da interpretação literal a que se sujeita a legislação que trata de isenção, apenas os rendimentos relativos a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão e suas respectivas complementações, tais como as dos Planos Geradores de Benefício Livre (PGBL), recebidos por portadores de moléstia grave, são isentos do imposto sobre a renda. Os rendimentos decorrentes de VGBL sujeitam-se ao imposto sobre a renda, na fonte e na declaração de ajuste anual, mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.
- b) Por força de disposição contida nos incisos I e II, art. 18, da Instrução Normativa RFB nº 1.396/2013, é ineficaz a consulta no que se refere ao questionamento sobre o preenchimento da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte-DIRF, por se tratar de questão eminentemente procedimental e por não indicar os dispositivos da legislação tributária sobre cuja aplicação há dúvidas.

Ora, a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, responsável pela arrecadação do Imposto de Renda, reconhece a isenção para os portadores de doenças graves nos casos do plano PGBL, da previdência privada, por essa razão, entendemos que é lamentável um órgão do judiciário responsável pela melhor aplicação da lei não reconhecer a referida decisão da Cosit.

Além disso, considerando que a decisão do Presidente do TRF, Desembargador Federal Hilton Queiroz, a qual foi com base nos erros processuais iniciados pelo Juízo *a quo*, que, ao ter que cumprir a obrigação de fazer da decisão do Acórdão lavrado pelo Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, não o fez em relação à isenção sobre os rendimentos da Brasilprev, ocasião em que o autor contestou da decisão por meio de Pedido de Reconsideração entre outros instrumentos jurídicos. Mesmo assim, sobre a admissibilidade do pedido do Recurso Especial, o Presidente do TRF^[13], decidiu:

[...]

Se a pretensão do autor objetivava o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária também em relação aos proventos de aposentadoria percebidos por entidade de previdência complementar, deveria ter recorrido do acórdão prolatado pela Quarta Seção desta Corte, mas assim não o fez, não cabendo, nesta sede de regimental, a alteração do decisum agravado.

Nesse caso, o exame da argumentação do recorrente ou a adoção de entendimento diverso implicaria o revolvimento da matéria fático-probatória, o que é insuscetível de ser realizado na via recursal especial. (AgInt no AREsp 848.207/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 23/11/2016; AgInt no AREsp 696.558/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016).

Diante do exposto, não admito recurso especial.

Ainda, os equívocos não cessaram quando da decisão que não reconheceu o direito da isenção aos portadores de doenças graves do plano PGBL da previdência privada, pois os leitores poderão observar neste trabalho que, além do não reconhecimento da isenção constante do Acórdão lavrado pelo Desembargador Luciano Tolentino Amaral, pasmem, se foi desconsiderada a isenção e exigida incidência do IRPF, não foi levado em consideração o benefício fiscal da redução da base tributável em 12% com base no aporte efetuado até em 31 de dezembro.

De fato, o autor teve um aporte efetuado pela empresa em 26/12/2008, entretanto, considerando que a decisão da matéria encontrava-se *sub judice*, é notório que houve omissão dos relatores das decisões do Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, uma vez que entendemos que deveria constar direito nas decisões dos relatores,

pois, o autor não utilizou o valor do aporte para fins de redução da base tributável.

Além do mais, o meio empresarial já alguns anos vem enfrentando crises econômicas, baixos salários de aposentadorias públicas (INSS), especialmente, daqueles funcionários que possuem na atividade salários superiores ao teto máximo da Tabela de Contribuição Mensal da Previdência Social.

Tais tabelas não possuem nenhum sincronismo no que diz respeito aos princípios da progressividade em relação às faixas de salários e respectivas alíquotas de incidência para cálculo da contribuição a ser paga ao INSS, com a Tabela Progressiva Mensal de incidência do IRRF, tampouco com o mercado de trabalho.

Nas tabelas progressivas atuais com vigência em 2017, por exemplo, na última faixa da tabela mensal do INSS para fins de incidência da Contribuição da Previdência Social para segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, constam os valores de R\$2.765,67 até R\$5.531,31, cuja alíquota para fins de recolhimento é de 11%.

Por sua vez, na tabela progressiva mensal, para fins de recolhimento do Imposto de Renda divulgada pela Secretaria da Receita Federal, com base na Lei nº 13.149/2015, consta para fins de base de cálculo na última faixa o valor de R\$4.664,68, cuja alíquota para fins de recolhimento é de 27,5%, com a parcela a deduzir do IR o valor de R\$869,36.

Assim, o leitor poderá observar que o trabalhador fica sujeito às amarras de um procedimento para fins de cálculo do IR, INSS e limite de valor a ser pago na aposentadoria administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, que entendemos não ter nenhum sincronismo. Este nos traz a simetria, que se não existir haverá uma interposição e choque de uma consciência financeira^[14] a qual é baseada em harmonia.

Ora, a falta de sincronismo a que nos referimos é visível e financeiramente extorsiva, ocasionando prejuízo ao trabalhador e, em contrapartida, beneficiando os Cofres Públicos, ou seja, o trabalhador a fim de aposentar-se com o teto máximo do INSS 2017, no valor de R\$5.531,31,

terá que ter contribuído com 11% do valor do referido teto durante pelo menos 80% da sua vida ativa[15].

Por essa razão, nosso entendimento é que o empregado de uma sociedade empresarial trabalha a vida toda para aumentar a arrecadação tributária dos Cofres Públicos, pois, quando na ativa, se por acaso ele venha a receber um salário acima de R\$4.664,68, ele ficará sujeito a ser onerado pelo pagamento do IR.

Por sua vez, como aposentado ele ficará condicionado a receber o teto máximo de R\$5.531,31, inclusive sendo descontado da contribuição para previdência social, quando estiver exercendo ou voltar a exercer atividade empregatícia. Por essas razões, a falta de sincronismo ocasiona uma extorsão financeira ao trabalhador, prejudicando a qualidade de vida dele, tais como: físico, emocional, social, profissional, intelectual e espiritual.

Assim, o trabalhador ao aposentar-se será penalizado no fim de sua vida, fugindo totalmente dos padrões de vida quando estava na atividade. Aliás, tais fatos ocorreram com aqueles trabalhadores de empresas que não adotaram o Plano de Demissão Voluntária (PDV) ou Plano de Aposentadoria Incentivada (PAI). Enfim, presenciamos na sociedade brasileira trabalhadores aposentados com padrões de vida socioeconômicos deploráveis.

Também, ocorrem situações em que o aposentado, para complementação da aposentadoria pública do INSS, continua com vínculo empregatício com a empresa a qual possui relação de emprego, ou, desligando-se dela, procura outro emprego num mercado que, muitas vezes, discrimina de forma vergonhosa o idoso.

Ainda, se o aposentado for portador de doenças graves, deficiente físico ou possuir outras patologias, ele ficará fadado a ter um fim de vida sem nenhuma dignidade à pessoa humana. Aliás, este é o prêmio para aquele trabalhador brasileiro que contribuiu com teto máximo para INSS, quando se encontrava na atividade.

Por esses motivos, mostraremos ao leitor que, diante do cenário econômico do País, bem como a elevada carga tributária, por várias décadas estes problemas vêm inviabilizando os investimentos das empresas em geral, obrigando-as a reduzirem custos.

De fato, de alguns anos para cá, em decorrência das crises políticas e econômicas, as sociedades empresariais foram obrigadas na área de recursos humanos a efetuarem mudanças corporativas essenciais para sobreviverem, evitando uma quebra generalizada no país; por esses motivos, vivenciamos nos últimos anos um elevado número de demissões.

De maneira que as sociedades corporativas, comprometidas com o social, mercado e investidores, buscaram a renovação no quadro de empregados, substituindo os mais antigos pelos mais novos. Os primeiros com maiores salários causavam um elevado custo na folha de pagamento. Já os segundos com salários baixos reduziam significativamente os custos com mão de obra.

Também, nas governanças públicas, atualmente o atual governo do Presidente Michel Temer, buscando reduzir os gastos com pessoal em decorrência da crise econômica e política, anunciou por meio dos canais de comunicação a implantação do Programa de Demissão Voluntária – PDV.

Assim, muitas organizações adotaram as governanças corporativas, com base na cultura e ética, buscando uma política mais profissional e menos familiar; por esses motivos, na atualidade, os empregados que foram desligados conseguiram, muitos deles, aposentar-se na empresa em que iniciaram a carreira profissional, ou seja, o primeiro emprego do trabalhador; não obstante, acreditamos que no futuro tal situação deva diminuir significativamente.

De maneira que as sociedades empresariais comprometidas com uma política de responsabilidade social implantaram o Plano de Previdência Complementar para seus trabalhadores adequando as melhores práticas de administração de pessoal; por essa razão, no que diz respeito aos desligamentos dos mais antigos, foi concedida uma indenização que viesse cobrir as deficiências da aposentadoria pública (INSS).

Já outras sociedades empresariais também comprometidas com uma política de responsabilidade social e na sua política de planejamento estratégico no que diz respeito a sua forma de enxugamento do quadro de pessoal, visando melhorar seu processo de otimização, buscaram diminuir os custos na gestão de pessoas.

Por esses motivos, implantaram o Plano de Demissão Voluntária (PDV), Programas de Demissões Coletivas, por intermédio da aposentadoria pelas empresas de previdência privada, Plano de Aposentadoria Incentivada (PAI), cujos valores recebidos pelos trabalhadores, pelo que entendemos, para os fins trabalhista e tributário poderão ser conceituados como verbas indenizatórias.

Desse modo, no caso das empresas que adotaram PDV ou PAI no pagamento das verbas indenizatórias, não há que se falar em incidência do Imposto de Renda, bem como da contribuição previdenciária. Já as outras empresas que firmaram contrato com previdência privada complementar, ou seja, conhecida na legislação e doutrina como rendimentos de previdência complementar, temos conhecimento de que algumas efetuaram contribuição com um aporte único para aqueles funcionários com 30 anos ou mais de empresa com perspectivas de desligamento, ou seja, os portadores de doenças graves, deficientes físicos ou não, aliás, o que mostra o comprometimento com a política de responsabilidade social da sociedade empresarial.

No entanto, é oportuno mencionar que alguns contratos empresariais com a previdência privada podem ser firmados com base nos denominados planos Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL)[16], que possuem regimes de tributação do Imposto de Renda distintos, sendo que no primeiro plano as contribuições não são dedutíveis. Já no segundo plano as contribuições podem ser abatidas no cálculo do IR, até o limite de 12% da renda tributável como benefício fiscal, considerado como um diferimento.

No que diz respeito às contribuições do plano VGBL, este tem por objetivo atender aqueles contribuintes que utilizam o modelo simplificado quando da entrega junto à SRF da Declaração de Ajuste Anual com opção

pelo desconto simplificado, de 20% sobre o rendimento tributável, entretanto, desde que não ultrapasse o limite atualmente previsto que é de R\$16.754,34 (dezesesseis mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos).

Por sua vez, somente poderão deduzir o valor das contribuições ao plano PGBL aqueles que pagam o IRPF, por meio do modelo completo quando da entrega da Declaração de Ajuste Anual.

De maneira que a diferença do plano VGBL[17] é que na sua fase de acumulação não tem nenhuma vantagem de dedução, isto é, na fase de aplicação do plano, todavia, possui o benefício nos resgates, ocasião em que o IR incidirá tão somente sobre os rendimentos obtidos.

Vale ressaltar que, caso o contribuinte tenha optado pela tributação regressiva, o imposto retido na fonte é considerado como tributação definitiva, cujos rendimentos serão lançados para fins do Imposto de Renda na rubrica "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva / Definitiva".

Já no plano PGBL os aportes efetuados poderão ser dedutíveis até o limite de 12% da renda tributável, ou seja, há incidência do IR nos aportes; entretanto, o seu pagamento é postergado quando do resgate, ocasião em que a incidência do IR resultará numa base de cálculo com valor acumulado no momento do referido resgate, incidindo sobre os aportes, bem como sobre os rendimentos.

Ainda sobre os rendimentos de previdência complementar, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017, publicada no DOU de 14/6/2017[18], concluiu-se pela impossibilidade da isenção do Imposto de Renda – IR, nos casos do regime de tributação regressiva, nos rendimentos pagos por entidade de previdência privada, senão vejamos:

[...]

Conclusão

11. Com base no exposto, conclui-se que a isenção para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de

idade, prevista no art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.713, de 1988, não se aplica à percepção de rendimentos de caráter previdenciário, pagos por entidade de previdência privada complementar, na hipótese em que o beneficiário desses rendimentos tenha optado pelo regime de tributação regressiva e exclusiva na fonte de que trata o art. 1º da Lei nº 11.053, de 2004.

De forma que exemplificaremos uma situação em que uma empresa formalizou um contrato com uma empresa de previdência complementar, cujo plano foi o PGBL, a fim de que o leitor possa avaliar o prejuízo do portador de doença grave que é isento do IR, por meio da Solução de Consulta nº 152/2016, da Cosit, que, no caso da decisão do Presidente do TRF, passem, será tributado, podendo o ganho financeiro servir apenas para pagar o imposto de renda, pois as correções monetárias oscilam para mais ou para menos.

Assim, no plano empresarial PGBL, hipoteticamente, foi efetuado um aporte único na previdência privada, em dezembro de 2008, sendo efetuado um resgate no exercício de 2016, a seguir:

1 - Resgate Exercício 2017, Ano-Base 2016.

a) Cálculo do Imposto

Valor tributável – R\$435.298,24

IR retido (15%) – R\$65.294,74

b) Cálculo do Imposto Devido

$435.298,24 - 16.754,34 = 418.543,90 * 27,5\% / 100 =$
 $115.099,57 - 10.432,32 = 104.667,25$

c) Cálculo do IR a Pagar

$104.667,25 - 65.294,74 = 39.372,51$

d) Cálculo da Carga Tributária – CT

$65.294,74 + 39.372,51 =$
 $104.667,25 * 100 / 418.543,90 = 25\%$

CT – 25%

2 - Fator de Tributação

a) Alíquota de 27,5%

$FT = (100 - 27,5) = 72,50\%$

$$FT = (1 - 0,275) = 0,725$$

b) Alíquota de 15%

$$FT = (100 - 15) = 85\%$$

$$FT = (1 - 0,15) = 0,85$$

3 - Reajustes concedidos pela União para fins de Cálculo do IRPF

a) Desconto padrão de 20% utilizado na Declaração Simplificada

Ano-Calendário 2015 – R\$15.880,89

Ano-Calendário 2016 – R\$16.754,34

Portanto, nota-se que o reajuste foi de apenas 5,5%, a saber: $16.754,34 - 15.880,89 = 873,45$. $873,45 \times 100 / 15.880,89 = 5,5\%$. Conclui-se que: $15.880,89 \times 5,5 = 873,45 + 15.880,89 = \mathbf{16.754,34}$.

b) Reajuste da tabela progressiva para cálculo do IRPF com base na alíquota de 27,5%

Ano-Calendário 2015 – R\$10.302,70

Ano-Calendário 2016 – R\$10.432,32.

Também, podemos observar que o reajuste foi de apenas 1,2581%, a saber: $10.432,32 - 10.302,70 = 129,62$. $129,62 \times 100 / 10.302,70 = 1,2581\%$. Conclui-se que: $10.302,70 \times 1,2581 = 129,62 + 10.302,70 = \mathbf{10.432,32}$.

Em relação ao exemplo hipotético demonstrado anteriormente nosso objetivo foi mostrar ao leitor a elevada carga tributária existente na modalidade do plano PGBL, bem como a seguir demonstraremos os prós e contras sobre os planos nas modalidades VGBL e PGBL.

De fato, conforme mencionamos anteriormente, em decorrência das crises políticas e econômicas, choque de consciência financeira dos órgãos governamentais, as empresas em geral para sobreviverem foram obrigadas a demitirem seus empregados utilizando os planos PDV, PAI, bem como as aposentadorias dos mais antigos por meio das previdências privadas, aliás, por aquelas organizações comprometidas com uma política de responsabilidade social.

Não obstante, algumas empresas, a fim de assegurarem uma aposentadoria digna para aqueles empregados mais antigos, efetuaram um aporte único com opção no plano PGBL, conforme consta no exemplo hipotético.

Ocorre que, no aporte efetuado pela empresa, o benefício até o limite de 12% da renda tributável não foi utilizado; o que nos fez perceber uma elevada carga tributária, e, pelo que entendemos, os planos da previdência privada para os trabalhadores é uma aposentadoria e não um investimento, tal qual é tratado pelo mercado financeiro.

Portanto, a fim de que os leitores possam melhor efetuarem suas análises críticas neste trabalho discorreremos de maneira pormenorizada sobre as modalidades dos planos PGBL e VGBL comparando a utilização e as consequências dos referidos planos.

De fato, o PGBL, ao possibilitar abater até 12% da sua renda tributável como benefício fiscal, estará reduzindo a sua base tributável de seu rendimento, exemplificando, caso tenha efetuado aportes no valor de R\$12.000,00 até o dia 31 de dezembro e tenha uma renda tributável anual de R\$100.000,00, podendo abater da Declaração de Ajuste Anual o valor dos aportes, resultando um valor tributável efetivo no exercício de R\$88.000,00.

Assim, ocorrerá o diferimento, isto é, o pagamento do imposto quando da realização do resgate, imposto de renda que incidirá numa base de cálculo com valor acumulado.

Por esses motivos, o PGBL em relação à tabela de tributação apresenta duas faces de uma mesma moeda, podendo ser progressiva ou regressiva. A primeira é mais interessante no caso de se resgatarem valores menores ou de se efetuarem aportes num prazo curto limitado em 12% da renda tributável anual, além da elevada carga tributária que poderá onerar o orçamento.

Já a segunda aplica-se a tabela de tributação regressiva para fins de resgates a longo prazo, visando à aposentadoria do trabalhador, por

exemplo, acima de dez anos de tempo do contrato de adesão com a empresa de previdência privada, o imposto de renda sobre o resgate terá a alíquota de 10% sobre o valor dos aportes acrescidos dos rendimentos.

Finalmente, não há dúvidas de que a SRFB reconhece a isenção do IRPF para os portadores de doenças graves que possuem contratos com empresa da previdência privada na modalidade de plano PGBL e não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL, por entender que ele não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual, mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.

4 – CONCLUSÃO

Finalmente, o nosso objetivo foi no intuito de mostrar a elevada carga tributária na incidência do IR, nos planos da previdência privada, na modalidade do plano PGBL que, entendemos, é procurada pelos trabalhadores por motivo da falta de sincronismo na consciência financeira do Estado quando da sua aposentadoria junto à Previdência Social do Governo.

Ainda, apesar do entendimento do TRF em não conceder isenção do IRPF aos portadores de doenças graves, a SRF é taxativa no que diz respeito à isenção do Imposto de Renda, concedida aos portadores de doenças graves nos casos do plano PGBL da previdência complementar, por meio da Solução de Consulta nº 152-Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49.

A Solução de Consulta, inclusive fundamentada pelo Regulamento do Imposto de Renda, não deixa dúvidas sobre a isenção do IRPF para os portadores de doenças graves que possuem contratos com empresa da previdência privada na modalidade de plano PGBL.

Todavia, não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL, por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas, por isso, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte, mesmo que o beneficiário dos rendimentos do citado plano seja portador de moléstia grave.

Também, mostramos que no mínimo nos deparamos com um ativismo judicial em relação ao TRF em não acatar uma norma já existente da SRF sobre a matéria de substancial importância para aqueles portadores de doenças graves, bem como sobre o descumprimento das empresas da previdência privada que efetuam retenção do imposto de renda dos portadores de doenças graves que possuem rendimentos no plano na modalidade PGBL.

Por outro lado, mostramos a conquista junto ao TRF para aqueles portadores de doenças graves que continuam trabalhar com vínculo empregatício ou não, tais direitos foram com base na sabedoria do voto-vista do Desembargador Federal Souza Prudente, aliás, do sábio Acórdão[19], que orienta um exame mais aprofundado da questão, o que reclama a busca da **mens legis**[20]. Assim, não admitindo a isenção, o Estado não garante aos portadores de doenças graves os direitos constitucionais à saúde.

Ainda, a referida conquista da isenção ocorreu com trânsito em julgado do sábio Acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, em 8/5/2013, o qual enfatiza que não pode existir, para fins tributários, separar em sadio para fins de rendimentos ativos e doentes quanto aos proventos da aposentadoria. Por esse motivo, esclarece: **“não se pode conceber tal monstruosidade, que**

atenta contra a própria gênese do conceito holístico de saúde integral”.

Enfim, em qualquer mecanismo de tributação deve o Estado excluir os portadores de doenças graves da relação jurídico-tributária com a Fazenda Pública, prestigiando de forma ampla o benefício da isenção[21] concedida por meio da Lei nº 7.713/1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas à sonegação fiscal com os novos**

paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. **IMPOSTO DE RENDA:** vale a pena usar o PGBL como benefício fiscal? Disponível em: <https://www.parmais.com.br>. Acesso em: 15/02/2017

BRASIL. INSS, blog. **Teto Máximo INSS 2017: qual é o valor? Como conseguir?** Disponível em: <https://inss.blog.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988.** Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

BRASIL. **PREVIDÊNCIA PRIVADA:** PGBL permite dedução no Imposto de Renda. Disponível em: <http://www.economia.uol.com.br>. Acesso em: 11/04/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20/9/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3/9/2017.

BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017,** publicada no DOU de 14/6/2017, Seção 1. Página 31.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA,** processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Agravante: Edson Sebastião de Almeida, Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal

Marcos Augusto de Sousa. Disponível em: www.trf1.jus.br/autenticidade. Código 14.775.562.0100.2-83. Acesso em: 04/05/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA**, processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Recorrente: Edson Sebastião de Almeida, Recorrido: Fazenda Nacional. Decisão do Presidente do TRF Desembargador Federal Hilton Queiroz. Diário da Justiça Federal da 1ª Região/TRF – Ano IX Nº 11 – Caderno Judicial, disponibilizado em 23 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Apelação/Reexame Necessário, voto-vista Desembargador Federal Souza Prudente, processo nº 2009.33.00.009545-1/BA**. Apelantes: Edson Sebastião de Almeida e Fazenda Nacional. Relator p/Acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília (DF), E-DJF1 de 17/02/2012, p. 810. Disponível em <http://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 17/02/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Embargos Infringentes nº 2009.33.00.009545-1/BA**. Embargante: Fazenda Nacional, Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Disponível em: www.trf1.jus.br. Acesso em: 08/05/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Mandado de Segurança REOMS 4474 SP. Processo nº 2004.61.00.004474-5(TRF-3)**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 14/04/2016.

CAMPOS, Fernando. **Consciência Financeira**. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

OLIVEIRA, Umberto Machado de: ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **ATIVISMO JUDICIAL**. Curitiba: Juruá, 2010,

[1] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Embargos Infringentes nº 2009.33.00.009545-1/BA. Embargante: Fazenda Nacional, Embargado:

Edson Sebastião de Almeida. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Disponível em: www.trf1.jus.br. Acesso em: 08/05/2013

[2] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Agravante: Edson Sebastião de Almeida, Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa. Disponível em: www.trf1.jus.br/autenticidade. Código 14.775.562.0100.2-83. Acesso em: 04/05/2016.

[3] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Recorrente: Edson Sebastião de Almeida, Recorrido: Fazenda Nacional. Decisão do Presidente do TRF Desembargador Federal Hilton Queiroz. Diário da Justiça Federal da 1ª Região/TRF – Ano IX Nº 11 – Caderno Judicial, disponibilizado em 23 de janeiro de 2017.

[4] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Agravante: Edson Sebastião de Almeida, Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa. Disponível em: www.trf1.jus.br/autenticidade. Código 14.775.562.0100.2-83. Acesso em: 04/05/2016.

[5] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Embargos Infringentes nº 2009.33.00.009545-1/BA.

Embargante: Fazenda Nacional, Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Disponível em: www.trf1.jus.br. Acesso em: 08/05/2013.

[6] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Apelação/Reexame Necessário, voto-vista Desembargador Federal Souza Prudente, processo nº 2009.33.00.009545-1/BA. Apelantes: Edson Sebastião de Almeida e Fazenda Nacional. Relator p/Acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília (DF), E-DJF1 de 17/02/2012, p. 810. Disponível em <http://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 17/02/2012.

[7] OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **ATIVISMO JUDICIAL**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 82: O autor esclarece sobre a imparcialidade: "Uma das principais fontes de legitimação do juiz é a sua imparcialidade e o seu dever de fundamentar consistentemente as suas escolhas. As decisões judiciais costumam obter legitimidade porque existe uma expectativa de que o juiz decida de forma objetiva com base em valores eticamente aceitos por uma comunidade racional, levando em consideração os interesses de todos os indivíduos afetados como igualmente merecedores de respeito e consideração."

[8] OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **ATIVISMO JUDICIAL**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 103: "O ativismo judicial se insere nesta crise dos Estados, agravada pela globalização. Vem decorrente da perda da centralidade normativa dos Estados, vem como tentativa de assegurar os direitos sociais já existentes, de expandi-los e promover a efetividade dos direitos humanos, com conotação política."

[9] Idem, ibidem, p. 59.

[10] BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Mandado de Segurança REOMS 4474 SP. Processo nº 2004.61.00.004474-5 (TRF-3)**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 14/04/2016.

[11] BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20/9/2017.

[12] BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3/9/2017.

[13] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, processo original 0009540-86.2009.4.01.3300. Recorrente: Edson Sebastião de Almeida,

Recorrido: Fazenda Nacional. Decisão do Presidente do TRF Desembargador Federal Hilton Queiroz. Diário da Justiça Federal da 1ª Região/TRF – Ano IX Nº 11 – Caderno Judicial, disponibilizado em 23 de janeiro de 2017.

[14] CAMPOS, Fernando. Consciência Financeira. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

[15] BRASIL. INSS, blog. Teto Máximo INSS 2017: qual é o valor? Como conseguir? Disponível em: <https://inss.blog.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

[16] BRASIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA: PGBL permite dedução no Imposto de Renda. Disponível em: <http://www.economia.uol.com.br>. Acesso em: 11/04/2017.

[17] BRASIL. IMPOSTO DE RENDA: vale a pena usar o PGBL como benefício fiscal? Disponível em: <https://www.parmais.com.br>. Acesso em: 15/02/2017.

[18] BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017, publicada no DOU de 14/6/2017, Seção 1. Página 31.

[19] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 251: “Nesse contexto, é importante mencionar que, quando disponibilizamos ao Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Ives Gandra da Silva Martins, o Acórdão citado, lavrado pelo Desembargador Federal Souza Prudente, naquela ocasião o ilustre professor manifestou-me que tem defendido: “uma mudança na legislação neste sentido, mas há necessidade de maior pressão popular sobre o Congresso”. Além do mais, ele entende

que: “o Desembargador Federal Souza Prudente proferiu um sábio voto, em face da legislação.”

[20] BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Apelação/Reexame Necessário, voto-vista Desembargador Federal Souza Prudente, processo nº 2009.33.00.009545-1/BA. Apelantes: Edson Sebastião de Almeida e Fazenda Nacional. Relator p/Acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília (DF), E-DJF1 de 17/02/2012, p. 810. Disponível em <http://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 17/02/2012. : “[...] o exame mais aprofundado da questão, em confronto com a finalidade da norma legal ali insculpida, reclama a busca da **mens legis** contida no referido art. 6º, da Lei nº 7.713/88, visando o postulado maior da proteção e da valorização da pessoa humana, na dimensão de respeito ao valor da saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, na determinação de que é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal igualitário às ações** e serviços para sua promoção, **proteção e recuperação** (CF, arts. 196 e 170, **caput**).”

[21] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2017. A isenção está prevista no art. 6º, inciso XIV, que estabelece:

“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

I – [...]

XIV – Os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da

medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;”

DANO MORAL CAUSADO PELO BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES

PRISCYLA DE SOUSA SILVA: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA^[1]

(Orientadora)

RESUMO : O presente artigo tem como objetivo apresentar o dano moral causado pelo *bullying* e a responsabilidade civil das escolas particulares. Considera-se um fenômeno escolar mundial que vem tomando proporções alarmantes e a cada dia vem surgindo novas formas de sua prática. O tema tem sido estudado nos campos da Educação, Psicologia e Direito, entre outros, na busca de soluções para estas atitudes hostis, agressivas e em muitos casos violentas, que ocorrem de forma sistemática tanto nas relações interpessoais como em contextos grupais. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Verificou-se que o *bullying* está associado, em parte, a preconceitos sociais, a dificuldades decorrentes da formação moral de personalidades ligadas à fragilidade de modelos sociais encontrados no âmbito familiar e social. A vítima do *bullying* sofre danos por vezes irreparáveis já que afeta profundamente a parte psicológica, ferindo direitos da personalidade e ensejando a reparação do dano moral e a responsabilidade civil da escola, responsável contratualmente pelo aluno e por isso, ensejando o dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral, Responsabilidade civil, *Bullying*.

ABSTRACT : The present article aims to present the moral damage caused by bullying and the civil responsibility of private schools. It is considered a worldwide school phenomenon that has been taking alarming proportions and new forms of its practice are emerging every day. The theme has been studied in the fields of Education, Psychology and Law, among others, in the search for solutions to these hostile, aggressive and often violent attitudes that occur systematically in both interpersonal relationships and in group contexts. It is a qualitative research, carried out by means of a deductive

method and a technical bibliographical and documentary procedure. It was verified that the bullying is associated, in part, to social prejudices, to difficulties arising from the moral formation of personalities linked to the fragility of social models found in the family and social sphere. The victim of bullying suffers damages that are sometimes irreparable, as it deeply affects the psychological part, injuring personality rights and providing compensation for the moral damage and the civil responsibility of the school, contracted by the student and therefore, providing civil damages and moral damages.

KEYWORDS: Moral damage, Civil liability, Bullying.

1. INTRODUÇÃO

O Direito tem por natureza cultural a solução de conflitos por meio de normatização. Em sua evolução histórica, a primeira ideia de responsabilidade por dano ocasionado foi a vingança coletiva. Entretanto, com as mudanças constantes da sociedade, a responsabilidade civil busca adaptar-se para que assim, possa atender ao interesse social da melhor forma possível.

O presente artigo tem como finalidade abordar acerca de tema que vem ganhando espaço no âmbito jurídico, por tratar-se de relevância social que se faz presente principalmente no ambiente escolar, e vem trazendo repercussões na esfera jurídica. O intuito é esclarecer o que é o *bullying*, suas características e consequências.

Será abordada também a responsabilidade civil quanto ao dever de indenizar a vítima do *bullying*, que geralmente são vítimas no ambiente escolar. A pessoa que comete o *bullying* pode ser uma pessoa menor de idade, que ainda não responde pelos atos que pratica, porém isso não isenta a aplicação de uma penalidade pelo ato cometido.

A palavra *bullying* é um termo da língua inglesa no qual em sua tradução literal, bully como adjetivo é igual a valentão e, como verbo significa assediar, intimidar. Acrescido do ing tem o sentido de frequente,

como, por exemplo, assediando, intimidando, ou seja, tem na própria palavra em si à tradução de um ato pejorativo (SILVA, 2016).

Denomina-se *bullying* o fenômeno que tem como intenção intimidar ou agredir de forma intencional e repetida uma pessoa que, geralmente, não possui o impulso ou é incapaz de defender-se. Referida prática constitui-se em agressões físicas e morais e pode ocorrer em instituições de ensino públicas ou privadas e pode envolver não só alunos como também funcionários (SOUSA, 2016).

Esta ação tão violenta que, por vezes deixa sequelas irreparáveis, pode ser praticada por alguém ou por um grupo e demonstra claramente uma relação de total desequilíbrio de poder das partes envolvidas. Normalmente, os agressores são hostis e se julgam superiores e, no âmbito escolar, acreditam na impunidade dos seus atos, o que fortalece a agressividade das suas ações (SILVA, 2016).

Vale ressaltar que no dia 6 de novembro de 2015, sancionou-se a Lei nº 13.185 conhecida como Lei do *Bullying* que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática (*bullying*), com objetivo de combater esta prática.

Dessa forma, promoveu-se grandes discussões sobre a responsabilidade civil das escolas nos casos de *bullying* que ocorrem dentro de suas dependências, pois a referida lei dispõe sobre deveres dos estabelecimentos de ensino com objetivo de opor-se a este instituto.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - realiza, em diversas cidades do país, a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE), em parceria com o Ministério da Saúde e com o apoio do Ministério da Educação. A pesquisa tem como objetivos conhecer e dimensionar fatores de risco e proteção à saúde de adolescentes, subsidiar o monitoramento da saúde dos estudantes do país, orientar intervenções de saúde destinadas a esse grupo populacional, mediante fornecimento de informações confiáveis sobre o tema (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017).

Em 2015, o PeNSE realizou pesquisa com cerca de *2,6 milhões de estudantes que cursavam o 9º ano do ensino fundamental. Quase 195 mil alunos do 9º ano (7,4%) afirmaram ter sofrido bullying (zombaria,*

intimidação) por parte de colegas de escola, na maior parte do tempo ou sempre, nos 30 dias anteriores à pesquisa.

Trata-se de um fenômeno social muitas vezes encoberto pelo medo e ignorado por aqueles que devem prestar assistência. O tema é, portanto, de fundamental relevância para pesquisas que promovam intervenções escolares, coibindo esta prática e garantindo o que já está expresso em lei que é o direito da criança e do adolescente à dignidade e à integridade física e psicológica.

Neste cenário, o presente estudo tem como objetivo verificar a responsabilidade civil das escolas particulares frente ao *bullying* ocorrido em suas dependências para que se promova então, indenização da vítima.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é de pensamento dedutivo, pois parte do *bullying* para a responsabilidade civil, de natureza qualitativa, elaborada por meio de técnica bibliográfica, com base em legislação, doutrina, jurisprudência, periódicos, artigos científicos e levantamento de dados.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO BULLYING

Historicamente, este fenômeno acompanha a escola. Seu surgimento deu-se em 1970 juntamente com as instituições escolares e então, tornou-se objeto de estudo científico como parte da violência escolar, porém sem grandes repercussões. Nessa época, surgiu na Suécia o interesse e a preocupação com esse fenômeno e mais tarde percorreram os países escandinavos (FANTE, 2012, p. 43).

Entre 1978 e 1993, o pesquisador e professor Dan Olweus, da Universidade de Bergen, na Noruega foi o precursor dos estudos sobre o *bullying*, e criou critérios para diagnosticar o problema de forma eficaz. Em sua pesquisa, Olweus buscou identificar as atitudes que possibilitavam tipificar e diferenciar o fenômeno de brincadeiras típicas do desenvolvimento de um ser humano, como, por exemplo, as gozações e as hostilidades comuns entre crianças e jovens (BARBOZA; RAMOS, 2012, p. 79).

Já nos anos 80, três rapazes entre 10 e 14 anos cometeram suicídio e segundo indícios estes incidentes pareciam ter ocorridos devido à prática de bullying. Por esse motivo, despertou-se a atenção das instituições de ensino que passaram a se preocupar com o problema (LOPES, 2012, p.13).

Inicialmente, Olweus pesquisou cerca de 84.000 estudantes, de 300 a 400 professores e 1.000 pais entre os vários períodos de ensino. Na avaliação foi fundamental a percepção da natureza e ocorrência do fato. No entanto, como estudos de observação são pesquisas prolongadas, o pesquisador adotou o uso de questionários que serviram para analisar as características e a extensão do bullying além do impacto das intervenções já implementadas na campanha (BARBOZA; RAMOS, 2012).

Os resultados das pesquisas de Olweus foram retratados em seu livro "BULLYING at the school" e, além disso, também foi delineado um conjunto de medidas intervencionistas com objetivo de inibir o *bullying*, já que a partir delas era possível identificar vítimas e agressores (FANTE, 2012, p. 45).

Surpreendentemente, a obra teve como resultado a queda de 50% da incidência dos casos de *bullying* na Noruega e as medidas propostas no livro disseminaram-se na Inglaterra, Portugal e Canadá, servindo como grande incentivo em outros países que pouco a pouco foram implementando o que já era considerado um método de sucesso (MANZINI, 2013, p.59-60).

Manzini (2013, p.60) explica ainda que dentre as normas criadas pelo já então famoso professor, destacava-se a importância do envolvimento de pais e professores, para aumentar a conscientização sobre o *bullying*, bem como a proteção e apoio para as vítimas.

No Brasil, o termo *bullying* foi popularizado somente em meados da primeira década do ano 2000. Nessa época a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção a Infância e Adolescente – ABRAPIA começou as pesquisas sobre o problema que já se espalhara pelo mundo (ABRAPIA, 2008).

Atualmente, de acordo com Souza, Silva e Faro (2015):

O fenômeno se expandiu para além dos muros escolares juntando-se aos preconceitos e transcendendo outros planos e fazendo surgir expressões como: *bullying* étnico-racial, *bullying* homofóbico, *bullying* corporativo, *bullying* esportivo, *bullying* familiar e *bullying* político têm aparecido com frequência tanto na cobertura midiática, quanto em matérias do legislativo brasileiro.

Tudo indica que o fenômeno tomou grandes proporções abrangendo novos espaços aliando-se a condutas já criminalizadas como o preconceito.

Cabe então, conceituar este fenômeno para que se possa fundamentar o objeto deste estudo.

3. CONCEITO DE BULLYING

Conceitua-se *bullying* como um fenômeno complexo de diversas facetas. Tem como característica atitudes ofensivas, intimidação, humilhação, constrangimento, isolamento, exclusão, difamação, agressão física e/ou verbal e até mesmo furtos. Apesar de estar presente nas escolas, muitas delas negam que haja esse tipo de comportamento em suas dependências e imediações (OLIVEIRA, 2015, p. 11).

No mesmo entendimento Ristum (2010, p. 96) afirma que:

De modo geral, conceitua-se *bullying* como abuso de poder físico ou psicológico entre pares, envolvendo dominação, prepotência, por um lado, e submissão, humilhação, conformismo e sentimentos de impotência, raiva e medo, por outro. As ações abrangem formas diversas, como colocar apelidos, humilhar, discriminar, bater, roubar, aterrorizar, excluir, divulgar comentários maldosos, excluir socialmente, dentre outras.

Olweus (2013) esclarece ainda que para haver *bullying* é preciso que haja premeditação ou intencionalidade, ser repetido ao longo do tempo como ato continuado ou persistente e com desequilíbrio de poder.

Desse modo, observa-se que o *bullying* é um fenômeno grave que vem se disseminando no ambiente escolar e que pode acontecer de diversas formas.

4. TIPOS DE BULLYING

Existem vários tipos de *bullying*: verbal, físico, virtual, também chamado de *cyberbullying*, sexual, social e *bullying* homofóbico.

Bullying verbal – é o tipo mais comum. Os principais comportamentos a registrar são as injúrias, gritos, humilhações verbais e críticas, além de fofocas e gozações (COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Bullying físico – como o próprio nome indica, implica a existência de atos agressivos como empurrar, amarrar ou prender a vítima, bem como dar pontapés, cuspir, roubar dinheiro ou estragar objetos pessoais. É o tipo mais visível e, por isso, o mais percebido entre professores e pais de alunos (COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Bullying virtual – consiste numa tipologia de *bullying* mais recente, impulsionado pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação. Por isso, também é chamado de *cyberbullying* caracteriza-se pela divulgação de informação falsa, assédio, perseguição, tudo isto através de SMS, e-mail, redes sociais, ou outros veículos de comunicação semelhantes. Neste tipo tem-se ainda o agravante da possibilidade do anonimato do agressor e o fenômeno pode ir além dos limites da escola (SILVA, 2015; COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Bullying sexual – consiste em insultar ou fazer comentários de índole sexual. Obrigar a vítima a praticar atos sexuais, também constitui esta tipologia de *bullying* (COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Bullying social – apresenta como comportamentos típicos a invenção de mentiras, boatos/rumores, comentários negativos e exclusão da vítima em trabalhos de grupo/atividades (COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Bullying homofóbico – envolve o preconceito relacionado com a orientação sexual da vítima e com a identidade de gênero. Esta forma de *bullying* pode assumir qualquer outra tipologia supramencionada (COSTA, 2017; MARCOLINO et al., 2018).

Assim, o *bullying* vem tomando proporções alarmantes e fragmentando-se em mais formas e causando mais vítimas.

5. AS VÍTIMAS

Vítima típica - Nos dias de hoje, muitos estudiosos e pesquisadores do comportamento humano tentam entender o perfil comportamental e psicológico e, observou-se que as vítimas desse fenômeno possuem padrões comportamentais trazendo vulnerabilidade as agressões e isolamentos. Têm pouca habilidade social ou alguma característica física que diferencia das outras. Em geral são crianças ou adolescentes que vivenciam suas inseguranças através de sensibilidade extrema, passividade, submissão, baixa autoestima, ansiedade excessiva, dentre outras características que as tornam alvos fáceis para os agressores (BORGES, 2015, p. 32; PIGOSI; MACHADO, 2015).

Vítima provocadora - Essas vítimas incitam seus colegas a terem reações agressivas contra si mesmas. Entretanto, não conseguem responder as provocações de forma satisfatória. A vítima provocadora até consegue defende-se e brigar quando se sente ameaçada ou é atacada, porém, sua resposta não é suficiente o bastante para coibir o agressor (BORGES, 2015, p. 32-33; PIGOSI; MACHADO, 2015).

Vítima agressora – Neste caso, por sofrer continuamente agressão, ameaça e ficar isolada por um agressor mais forte e mais popular do que ela, busca uma maneira para se fortalecer e, como uma forma de compensar seu sofrimento, busca fazer com outras crianças/adolescentes o que fazem a ela, ou seja, reagem às agressões. Ressalte-se que tanto a

vítima provocadora quanto a agressora possuem alguns traços da vítima típica, pois também apresentam dificuldade em se defender. A diferença é na forma com que lidam com a agressão (BORGES, 2015, p. 33; PIGOSI; MACHADO, 2015).

6. ESCOLA PARTICULAR: CONCEITO, FUNÇÃO, OBRIGAÇÃO

A escola particular não faz parte dos serviços públicos do Estado. Trata-se de uma instituição educacional privada com fins lucrativos que, de acordo com art. 20 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9.394/96), as particulares são definidas, em sentido estrito, como as escolas instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características das demais escolas privadas, disciplinadas na Constituição Federal de 1988, ou seja, comunitárias, confessionais e filantrópicas (LEI DE DIRETRIZES E BASES, 1996; SILVA; FERREIRA, 2014, p. 6-7).

O art. 209 da Constituição Federal de 1988 determina que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de cumprimento das normas gerais da educação nacional (inciso I) e autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (inciso II) (BRASIL, 1988).

Sendo considerada uma empresa privada reserva-se ao direito de transmitir valores militares, religiosos, elitistas dentre outros, ou seja, ao ser uma escola especializada, como as militares, ensina princípios militares e é regida pela disciplina aplicada a eles (BINATTI, 2012).

Entretanto, apesar da escola particular de alguma forma ter a possibilidade de escolher o tipo de ensino, o Estado delimita algumas normas que obrigatoriamente devem ser seguidas. A Lei Nº 8069/90-Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e LDB 9.394/96, têm determinações que são impostas a todas as escolas quer sejam públicas ou particulares, ou seja, são regras comuns às escolas públicas que devem obrigatoriamente ser seguidas pelas escolas particulares (SILVA; FERREIRA, 2014).

E, também, dizer que todas as instituições seguem as menções do capítulo IV, artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que

garante o acesso ao ensino para todos, de acordo com a vigência contratual estabelecida entre as partes – pais e escola. É de direito de o aluno ser respeitado por seus educadores, funcionários da escola e colegas de turma. (GONÇALVES, 2016).

A escola tem um papel fundamental na sociedade que vai muito além da transmissão do saber, já que tem o dever de cooperar para a transformação social e, colaborar para o desenvolvimento da consciência crítica daqueles que utilizam seus serviços Ou seja, a escola é essencial para formação da cidadania e, por isso, nenhuma criança pode ficar excluída dela (SANTOS; MELO; LUCIMI, 2012).

Ademais, Binatti (2012) explica que:

A empresa-escola precisa manter suas portas abertas à sociedade na qual está inserida, deve ser um exemplo do exercício da cidadania, precisa inserir-se nas campanhas sociais da sua comunidade e incentivar o diálogo entre alunos, professores, diretores e funcionários em geral dentro da própria instituição.

Portanto, a escola particular assim como a pública, segue as normas impostas pela União que, aliás, tem competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional segundo seu art. 22, XXIV (BRASIL, 1988).

Dessa forma, as obrigações da escola particular se diferenciam da pública apenas no que se refere ao contrato de prestação de serviços, pois ambas têm, na vida social, uma busca em comum que é o bem público.

7. DANO MORAL

Tratando-se de *bullying*, o dano causado pelo agressor refere-se a sua psique, portanto, trata-se de um dano moral que viola o direito de personalidade. Cahali (2005, p. 201) leciona que:

A reparação do dano moral sofrido visa restituir as eventuais despesas do tratamento médico, sendo

que, caso o “ferimento resultar aleijão ou deformidade, [...] essa ofensa aos sentimentos ofendidos, [...] determina a indenização do prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Na defesa de qualquer direito da personalidade violado ter-se-á como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático do Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico (PEZZELLA; PANNAIN, 2015).

Assim, se houver *bullying* em qualquer de suas formas, por ser ato atentatório à dignidade humana e aos direitos da personalidade, deve ser rejeitado, pois contraria não somente as exigências éticas, mas as jurídicas necessárias para relação em sociedade, pautadas nos direitos humanos e promovendo a efetividade dos direitos da personalidade de todos os integrantes da comunidade educacional (DINIZ, 2016).

A violação desses direitos fere a dignidade humana e direitos da personalidade geram responsabilidade civil por dano moral. Dessa forma, como ensina Cavalieri Filho (2010): a dignidade humana é na verdade, a base de todos os valores morais e a essência dos direitos personalíssimos.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está disciplinada no CC, no art. 927, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

De acordo com o art. 186 do CC, a caracterização do ato ilícito dá-se pela comprovação da conduta dolosa ou culposa do agente, do dano e do nexo causal (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Sendo assim, é necessário que a vítima do *bullying* comprove no processo que o aquele que praticou a conduta agiu dolosa ou culposa, causando-lhe dano, seja patrimonial ou extrapatrimonial. Na ausência de um desses elementos inexistente o dever de indenizar do agente causador do *bullying* ou do responsável legal ou, ainda, da escola, na medida em que não ocorrerá o ato ilícito previsto no art. 186, do CC (CAVALIERI FILHO, 2010).

Delimitar o *bullying* como espécie de ato ilícito, seja do art. 186 ou do art.187, traz como consequência o dever de indenizar, nos termos do art. 927 do CC. Isso significa dizer que violação de um dever jurídico, isto é, o não cumprimento de uma determinada obrigação surge o instituto da responsabilidade civil, que visa compor o prejuízo causado (GONÇALVES, 2012, p. 57).

Entretanto, a responsabilidade da escola nos casos de *bullying*, tem como fonte geradora o descumprimento contratual, pois tem por obrigação a segurança e a integridade física e psicológica daquele que lhe foi confiado como aluno, ou seja, decorre do dever de vigilância transferida pelos pais, ainda que temporariamente (GONÇALVES, 2012).

Compreende-se então, que ao descumprir a função contratual, permitindo que o aluno sofra *bullying*, a escola pode ser responsabilizada por não ter prestado o serviço a que se comprometeu de forma objetiva.

A prestação de serviços educacionais oferecidos pelas instituições particulares, mediante remuneração, caracteriza-se como uma relação de consumo, já que estão identificados os sujeitos: a escola e o aluno, como fornecedor e consumidor. Por isso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (GORON, 2012).

Explica Cavalieri Filho (2008, p. 251) que: "Ao descumprir a relação contratual a escola poderá ser responsabilizada".

Desse modo, o *bullying* pode configurar-se tanto na fonte geradora do dever de indenizar o ato ilícito como no descumprimento contratual. Isso vai depender contra quem será ajuizada a ação indenizatória.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se neste estudo que o *bullying*, enquanto fenômeno, traz consequências por vezes irreparáveis que atinge não só o ambiente escolar, mas a sociedade. Por ser um fenômeno que vem se alastrando a cada dia é

necessário que todos, família, escola, sociedade, estejam unidos pelo mesmo ideal, pois suas consequências por vezes, chegam a agressões físicas, sendo a pior, aquela que atinge a parte emocional das vítimas.

Entre 1978 e 1993 Dan Olweus, da Universidade de Bergen, na Noruega estudou o *bullying*, e desenvolveu critérios que possibilitassem o diagnóstico do problema. Além disso, Olweus escreveu o livro "BULLYING at the school" e a obra resultou em 50% menos da incidência dos casos na Noruega.

Em nosso país o termo popularizou-se na década e 2000. O fenômeno atingiu além dos muros escolares juntando-se ao preconceito e surgindo suas delimitações como *bullying* verbal, físico, virtual, sexual, homofóbico e social, ou seja, o fenômeno foi se expandindo e ultrapassando barreiras atingindo de toda forma as várias classes da sociedade. Por outro lado, também classificou-se os tipos de vítimas como típica, provocadora e agressora.

Nesse contexto, surge a responsabilidade da escola particular que é considerada uma empresa privada na qual existe uma relação contratual com o aluno. Este tipo de escola, embora possa escolher o tipo de ensino, assim como a pública também é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Bases e Diretrizes.

Em relação a responsabilidade civil da escola observou-se que ela passa a existir a partir do momento que ocorre o descumprimento contratual, isto é, quando a escola deixa de oferecer a segurança e a integridade física e psicológica daquele que lhe foi confiado como aluno.

Por manter com o aluno um contrato de prestação de serviços, o *bullying* cria no caso da escola, uma relação consumerista e, por isso, possibilita a responsabilidade civil por dano moral. Fundamental a reflexão sobre essa prática para que, na família, célula principal da sociedade, se inicie a prevenção.

Já o dano moral, refere-se ao psique do aluno vítima violando-se, portanto, o direito de personalidade. Fica claro que, é uma tarefa árdua,

porém essencial para a vida em sociedade, buscando assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a segurança e o bem estar no ambiente educacional.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA – ABRAPIA. **Programa de redução do comportamento agressivo entre estudantes**. 2008. Disponível em: www.bullying.com. Acesso em: 14 abr. 2018.

BARBOZA, Anne Elyze Souza; RAMOS, André Luiz Moraes. **Bullying: um obstáculo na vida e na aprendizagem**. Disponível em: <<http://publicacoes.fatea.br/index.php/eecom/article/viewFile/481/328>> Acesso em: 13 abr. 2018.

BINATTI, Roberta. **A escola como empresa portadora de serviço**. Gestão Educacional. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/agestaoeducacional/artigo/empresa>> Acesso em: 04 mai. 2018.

BORGES, Tahiana Andrade S. **Memórias do bullying**. São Paulo: Novo Século, 2015. Disponível em: Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm> Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

CARDOSO, Elaine Lopes; NOGUEIRA, Cássia Aparecida; CARDOSO, Robson Lopes.. Práticas docentes e bullying. **Rev. Pedagogia em Foco**, v. 8. 2013. Disponível em: Acesso em: 14 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Programa de Direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Marcelo. Existem seis tipos de bullying: físico; sexual; verbal; social; cyberbullying; e homofóbico. **Disponível em: Acesso em: 1 mai. 2018.**

DINIZ, Maria Helena. "Bullying": responsabilidade civil por dano moral. **Revista Argumentum**. v. 17. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/305>> Acesso em: 30 mai. 2018.

FANTE, Cleo. **Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 7. ed. Campinas: Verus, 2012.

GONÇALVES, Carina. Direitos e deveres na rede de ensino particular – você sabe quais são os seus? Escolas – **A Revista do Gestor Escolar**. Disponível em: <<https://direcionalescolas.com.br/direitos-e-deveres-na-rede-de-ensino-particular-voce-sabe-quais-sao-os-seus/>> Acesso em: 5 mai. 2018.

GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. **Revista de Direito da PUCRS**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12544/0>> Acesso em: 15 mai.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saúde escolar**. PeNSE. Disponível em: <O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - realiza, em diversas cidades do país, a

Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE), em parceria com o Ministério da Saúde e com o apoio do Ministério da Educação> Acesso em: 1 mai. 2018.

MANZINI, Raquel Gomes Pinto. **Bullying no contexto escolar: prevenção da violência e promoção da cultura da paz na perspectiva de adultos e crianças**. Tese de doutorado, Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13897/1/2013_RaquelGomesPintoManzini.pdf > Acesso em: 19 abr. 2018.

MARCOLINO, Emanuella de Castro; CAVALCANTI, Alessandro Leite; PADILHA, Wilton Wilney Nascimento; MIRANDA, Francisco Arnoldo Nunes de; CLEMENTINO, Francisco Sales. Bullying: prevalência e fatores associados à vitimização e à agressão no cotidiano escolar. **Texto contexto - enferm.** [online]. v.27, n.1, 2018. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072018000100304 > Acesso em: 1 mai. 2018.

OLIVEIRA, Edjôfre Coelho de. O Bullying na escolar: como alunos e professores lidam com esta violência? **Revista Fundamentos**, v.2, n.1, 2015. Revista do Departamento de Fundamentos da Educação da Universidade Federal do Piauí. Disponível em: < <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/fundamentos/article/viewFile/3727/2184> > Acesso em: 21 abr. 2018.

OLWEUS, D. School bullying: Development and some important challenges. **Annual Review of Clinical Psychology**, v. 9. n. 1. p. 751-780, 2013. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1146/annurev-clinpsy-050212-185516> > Acesso em: 21 abr. 2018.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; PANNAIN, Camila Nunes. Novas tecnologias e tutela dos direitos fundamentais: o discurso de ódio nas redes sociais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. v.1.n.1 2015. Disponível em: < <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/103> > Acesso em: 30 abr. 2018.

PIGOSI, Pamela Lamarca; MACHADO, Ana Lúcia. *Bullying na adolescência: visão panorâmica no Brasil*. Ciênc. saúde colet. v.20.n.11, Nov. 2015. Disponível em: Acesso em: 1 mai. 2018.

RISTUM, Marilena. **Bullying escolar**. In: ASSIS, SG., CONSTANTINO, P., and AVANCI, JQ., orgs. Impactos da violência na escola: um diálogo com professores [online]. Rio de Janeiro: Ministério da Educação: FIOCRUZ, 2010, pp. 95-119. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/szv5t/pdf/assis-9788575413302-06.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2018.

SANTOS, José Douglas Alves dos; MELO, Aísha Kaderrah Dantas; LUCIMI, Marizete. **Uma breve reflexão retrospectiva da educação brasileira (1960-2000): implicações contemporâneas**. IX Seminário Nacional de Estudos e Pesquisas "História, Sociedade e Educação no BRASIL" Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa. Disponível em: Acesso em: 4 mai. 2015.

SILVA, Gustavo Rodrigues. **O território de incivilidade na manifestação da violência escolar: um olhar nas violências intramurais**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. 156f. 2016. Programa de Pós-Graduação em Geografia. Disponível em: < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/23350>> Acesso em: <5 mai.2018.

SILVA,Luis Gustavo Moreira da; FERREIRA, Tarcísio José. O papel da escola e suas demandas sociais. **Periódico Científico Projeção e Docência**. v. 5. n. 2, 2014. Disponível em: Acesso em: 2 mai. 2018.

SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. Agressividade em contexto escolar. Disponível em: < <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0261.pdf>> Acesso em: 5 mai. 2018.

SOUZA, Jackeline Maria de; SILVA, Joilson Pereira da; FARO, André. Bullying e Homofobia: Aproximações Teóricas e Empíricas. **Psicol. Esc.**

Educ., Maringá , v. 19, n. 2, p. 289-298, Aug. 2015 . Disponível em:
< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572015000200289> Acesso em: 19 abr. 2018.

NOTA:

[1] Mestre em psicologia e Professora da Faculdade Serra do Carmo.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR NA BRIGADA MILITAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DE SEUS PRÓPRIOS PRINCÍPIOS

REISSON RONSONI DOS REIS: Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2015), tendo recebido menção honrosa de 1º da turma durante a solenidade de formatura. É formando na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (2010). Possui três menções honrosas por mérito escolar recebidos no Ensino Médio. Co-autor do artigo "Direito à Saúde no Brasil e sua Judicialização: abordagem normativa e sociológica", presente no livro "Processo e Constituição: Interfaces Possíveis", da Editora Essere nel Mondo. Co-autor do artigo "Responsabilidade dos Sócios em Face de Débitos Tributários da Pessoa Jurídica" publicado na Revista Destaque Jurídico no segundo semestre de 2014. Co-autor do Livro Digital "Das Regras da Guerra: Da Ética Cavalheiresca ao Estatuto de Roma", da Editora Saraiva. Autor do artigo "Dos Costumes às Leis: um estudo sobre a influência da ética cavalheiresca no direito militar brasileiro contemporâneo, publicado na Revista de Direito Militar da AMAJME. Especialista em Direito Militar Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa. Já foi assessor jurídico junto à Procuradoria-Geral do Município de Gravataí/RS. Atualmente é Subsecretário Municipal da Saúde em Gravataí/RS.

RESUMO: O processo administrativo disciplinar militar (PADM) da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul rege-se com base em dispositivos similares ao Código de Processo Penal Militar, respeitada as particularidades administrativas e criminais em cada um, sendo que este foi criado antes da vigência da atual Constituição Federal, o que impõe a necessidade de que seu procedimento seja vislumbrado à luz dos princípios próprios à Carta Magna. Diante disso, foram estudados os pontos em que procedimentos permitidos na regulamentação do PADM têm sido causa de anulação desses pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar gaúcho, uma vez que não respeitam alguns princípios constitucionais. Para isso, utilizaram-se

precedentes da referida Corte e pensamentos doutrinários próprios da ciência jurídica e da filosofia, o que resultou na verificação de que, em que pese o PADM deva servir para manter os pilares militares intactos, a disciplina e a hierarquia, só o pode fazer se respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de seus próprios, como a busca pela verdade real, razoabilidade e proporcionalidade, resultando em vício ensejador de nulidade decisão condenatória em que não se atente a tais questões.

Palavras-Chave: PADM – Ampla Defesa – Contraditório – Proporcionalidade – Razoabilidade

Sumário: 1. Introdução; 2. A Função do Estado e sua Ligação com os Fundamentos do Militarismo; 3. O Processo Administrativo Disciplinar Militar na Brigada Militar e a Competência do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul; 4. Os Princípios Processuais e os Casos de Impedimento e Suspeição do Encarregado no PADM; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a necessidade de adequação do Processo Administrativo Disciplinar Militar – PADM, da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul à luz da Constituição Federal de 1988 e de princípios próprios do procedimento administrativo disciplinar militar, dispostos na legislação que o define, bem como em regramentos importados do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Com tal intuito, o trabalho será conduzido com análise legal e jurisprudencial, bem como filosófica e doutrinária, buscando responder o que ocorre quando o PADM entra em conflito com princípios processuais e constitucionais e como o Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul tem observado essa questão.

2 A FUNÇÃO DO ESTADO E SUA LIGAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS DO MILITARISMO

Durante séculos, filósofos como Jacques Bossuet, Thomas Hobbes e Hugo Grotius (PETTA; OJEDA, 1999, p. 80-83), elaboraram teorias sobre a função do Estado, de que a função do Estado, bem como a razão pela qual esse existe, é fornecer segurança à sociedade; segurança física e segurança jurídica; divergindo as teorias apenas no modo como isso deve ser feito (PETTA; OJEDA, 1999, p. 80-83, 108-113 e 180-185).

Nesse sentido, Kautilya (filósofo indiano) leciona que o homem tem precisão de segurança no "latu sensu", sendo essa a função principal do Estado.

Cumprindo tal dever, o Estado evitaria situações anárquicas, nas quais "o peixe maior come o menor". Então, para que isso ocorresse, surge o poder público, ao qual se devem tributos e obediência em troca de segurança, esta materializada em uma justa punição, em justas leis e em justos tributos (KAUTILYA; BATH, 2016, p. 74-115).

No mundo ocidental, tem-se o pensamento de Erasmo de Roterdã, que explana sobre a necessidade do governante defender a justiça (ERASMO; SOUSA, 2016, p. 312):

[...] se não pudeses defender teu reino sem violar a justiça, sem um grande derramamento de sangue humano, ou sem grandes danos à causa da religião, então será melhor abdicar e render-se às realidades da situação. Se não pudeses proteger os bens de teus súditos sem perigo para tua própria vida, coloca a segurança do povo adiante da tua.

Filosofias que só embasam a necessidade do Estado em garantir que danos não surjam entre os seus e/ou contra os seus cidadãos. Com esse intuito, o ente estatal deve criar mecanismos para repreender penalmente e civilmente aquele que transgredir as normais legais.

Em essência, esse modo de pensa está presente no preâmbulo de nossa na Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Ou seja, o constituinte, quando da elaboração da Constituição Federal, teve a preocupação de expressar a intenção da República Federativa do Brasil em exercer a função de garantir a liberdade e a segurança daqueles que se encontrarem sob sua égide.

Sendo assim, decisões administrativas disciplinares devem respeitar as diretrizes magnas de modo a não diminuir a confiança das partes e da sociedade no Poder Judiciário e na honra da instituição Brigada Militar, por meio das quais o Estado fornece segurança física e jurídica aos cidadãos; a manutenção dessas trabalha no sentido contrário ao que objetiva o regulamento disciplinar militar e a legislação penal militar.

Nesse sentido, uma decisão contrária a tais preceitos e ao dessabor deles formada quando da inobservância desses durante a condução de PADM causa um dos problemas destacados pelo Ministério Público, atinge um dos direitos fundamentais de um de seus cidadãos, seu direito a um processo justo, com a garantia de ampla defesa (MANUAL, 2012, p. 122).

Visando garantir que o Estado tenha os meios para fornecer as espécies de proteção cuja demanda social sustenta a sua manutenção, foi instituída a classe dos militares, sendo mais do que uma composição de pessoas armadas a serviço de um ente estatal, é constituída por pessoas que tem por princípio a hierarquia e a disciplina.

Nas palavras de Adriano Alves Marreiro, "hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas" (MARREIRO, 2016), tal qual descreve o §1º, do artigo 14, da Lei 6880/80 – Estatuto dos Militares.

Enquanto *disciplina* é caracterizada por Marreiro como (2016):

A rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

O que também está em consonância com o §2º, do artigo 14, do Estatuto dos Militares.

Observa-se, dessa forma, que a importância dos preceitos militares está traduzida na necessidade de agirem as Forças militares, em particular, para efeito deste trabalho, a brigada militar, de acordo com as leis, o que também é uma forma de garantir segurança à sociedade, pois uma tropa adestrada não se voltará com suas armas contra a sociedade que jurou defender (MARREIRO, 2016).

Assegura-se, então, o legislador estadual no sentido de que se façam cumprir as normas de hierarquia e disciplina no âmbito da Brigada Militar, dispondo, através do Decreto 43.245, de 19 de julho de 2004, que aprova o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar no Estado do Rio Grande do Sul.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR NA BRIGADA MILITAR E A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O processo administrativo disciplinar militar na Brigada Militar está baseado no decreto estadual acima mencionado e, concomitantemente, no Estatuto dos Servidores Militares da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que este institui a fundamentação para aquele, e aquele dá vida aos princípios da hierarquia e disciplina que, tal qual ocorre no Estatuto dos Militares, está presente nos parágrafos do artigo 12 deste.

De acordo com o artigo 12 do Estatuto dos Servidores da Brigada Militar, a manutenção da disciplina e da hierarquia são os pilares da

instituição Brigada Militar, o que torna imperiosa a busca para que não ocorram punições injustas proferidas para punir integrante da tropa, pois o reflexo disso é a instabilidade da disciplina, uma vez que a tropa começa a duvidar da honra de seus comandantes, e a honra vista neles serve de exemplo aos subordinados.

Asseverando-se que o exemplo pode ser negativo ou positivo, com efeitos proporcionais, de acordo com a forma com que se apresenta perante estes.

Não obstante, relevante se faz a observância do artigo 31 do referido estatuto brigadiano, que fornece o juramento de honra prestado por cada membro desta força:

Art. 31 – O compromisso a que se refere o artigo anterior terá caráter solene e será prestado na presença da tropa, tão logo o servidor militar tenha adquirido um grau de instrução compatível com o perfeito entendimento dos seus deveres como integrante da Brigada Militar, conforme os seguintes dizeres: “Ao ingressar na Brigada Militar do Estado, prometo regular a minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado e dedicar-me inteiramente ao serviço policial-militar, à manutenção da ordem pública e à segurança da comunidade, mesmo com o risco da própria vida”.

Que deve ser renovado, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo quando o militar se tornar oficial.

Dessa forma, garantem, com o empenho do bem maior de um militar, que é a honra, acima até mesmo da própria vida, garantir e proteger cada uma das elementares do artigo 29 de seu estatuto, a saber:

Art. 29 - Os deveres policiais-militares emanam do conjunto de vínculos que ligam o servidor militar à sua corporação e ao serviço que a mesma presta à comunidade, e compreendem:

- I - a dedicação ao serviço policial-militar e a fidelidade à Pátria e à comunidade, cuja honra, segurança, instituições e integridade devem ser defendidas, mesmo com o sacrifício da própria vida;
- II - o culto aos símbolos nacionais e estaduais;
- III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
- IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
- V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens;
- VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade”.

Esses deveres incluem os Oficiais, desde os Oficiais Superiores aos Oficiais Subalternos, e as Praças, de tratarem de forma digna seus subordinados, com civilidade e com a galhardia que se espera de um cavalheiro, de um militar, postura condizente com a essência do pundonor militar.

Isso exige um PADM corretamente conduzido, com a busca pela verdade dos fatos, onde a punição não exista pela vontade de punir, mas exista para manter a disciplina, o que só ocorre se, com a análise de todas as provas possíveis de serem produzidas, em um procedimento conduzido sem vícios e desvios à lei, se conclui pela responsabilidade do acusado.

Em relação à condução do PADM, o decreto-estadual em apreço regulamenta cada um dos procedimentos do PADM, exigindo que o profissional que conduzirá o processo administrativo conheça o regulamento, mesmo que não tenha relação com o mundo jurídico.

Questão que é tratada pelo Ministério Público, que informa ser um dos problemas presentes na condução de PADM, a não especialização dos oficiais com relação ao procedimento empregado, uma vez que só há acúmulo de funções e não uma aquisição de experiência na função de encarregado, o que inevitavelmente acaba por desaguar no Poder Judiciário, onerando ainda mais a máquina pública (MANUAL, p. 105).

Porém, quando ocorrem decisões viciadas por estarem em desacordo com a Constituição Federal, uma vez que não respeitam os princípios desta, surge a necessidade de que essas sejam anuladas pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Oportunamente, tem-se que, no Rio Grande do Sul, existe um Tribunal próprio para a justiça militar, o que não ocorre na maioria dos demais Estados do Brasil.

Nas palavras de Giuliani, compete à Justiça Militar dos Estados processar e julgar os crimes militares e as ações judiciais contra atos disciplinares militares (GIULIANI, 2014, p. 131).

O que está previsto no artigo 125, §4º, da Constituição Federal, que determina:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)).

Com base nisso, considerando ser objeto do presente estudo questões acerca do PADM, cabe que se destaque que o artigo 67, §2º, I, c/c artigo 20 I, ambos do Decreto 43.245/2004 do Estado do Rio Grande do Sul, declara ser possível, a qualquer tempo, anular-se decisão administrativa disciplinar.

Logo, sendo possível a anulação judicial de decisões proferidas de forma equivocada, faz-se necessário o estudo de quais os motivos constitucionais e principiológicos que envolvem a questão.

4 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E OS CASOS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO ENCARREGADO NO PADM

O Decreto Estadual nº 43.245/04, em seu artigo 30, *caput*, diz:

Art. 30 - Incumbirá ao acusado o ônus de provar os fatos por ele alegados em sua defesa, entre estes os de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão punitiva-disciplinar, bem como o de apresentar e conduzir à autoridade competente as provas documentais e testemunhais que arrolar como pertinentes ao fato.

Mas que, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, "a autoridade competente ou a encarregada do processo poderá limitar ou excluir as provas e testemunhas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias".

Porém, ocorrem casos em que a principiologia envolvida com a Constituição Federal vigente é hostilizada por decisões tomadas pela autoridade competente que acabam por indeferir, praticamente, a totalidade das provas testemunhais e/ou documentais requeridas pela defesa do acusado.

É sabido, entretanto, que o encarregado, nos termos do item 11, "o", do Anexo II do Decreto-estadual 43.245/04 tem o poder de indeferir as provas que entender não serem cabíveis, contudo, como já decidido pelo Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, quando a totalidade das provas é indeferida ou um número expressivo delas assim o é, entende-se que o PADM violou o princípio da ampla defesa, devendo ser anulado.

Nesse sentido, o Juiz Coronel da Brigada Militar Paulo Roberto Mendes Rodrigues relatou no acórdão 881-2015:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA. INDEFERIMENTO DE PROVAS. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. NULIDADE DO ATO. 1. É cediço que compete ao acusado, em Processo Administrativo Disciplinar Militar, provar os fatos que alega, bem como incumbe ao encarregado, zelando pelo célere andamento da causa, deferir ou não determinada prova, inclusive, negar a produção de diligências protelatórias, excessivas e impertinentes - artigo 30 do Regulamento Disciplinar da Brigada Militar - Decreto Estadual n.º 43.245/04. 2. Contudo, no caso concreto, o encarregado do PADM indeferiu a totalidade das provas requeridas, documental e testemunhal, pelo autor quando da apresentação de sua defesa, as quais necessitavam da interferência da administração para serem expostas, não se tratando de provas excessivas, impertinentes ou protelatórias, até porque a autoridade não motivou o ato de indeferimento – restringindo-se a citar o dispositivo legal referente ao ônus probante. 3. O encarregado do PAD, ao indeferir, imotivadamente, o pedido do autor, cerceou o seu direito de defesa, obstando ao apelado exercer plenamente o seu direito probatório, com violação do art. 5º, LV, da CF. 4. Evidencia-se o malferimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer do Processo Administrativo Disciplinar Militar. 5. Apelo ministerial desprovido. Decisão unânime. (TJM/RS. Apelação Cível n.º 881-92.2015.9.21.0000. Relator: Juiz-Cel. Paulo Roberto Mendes Rodrigues. Sessão: 27/05/2015).

Posicionamento que acompanha o Juiz Octávio Augusto Simon de Souza, acórdão nº 1910-2010:

AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. Exclusão da Brigada Militar. Alegação de cerceamento de defesa, inobservância do

devido processo legal e ausência de motivação do ato punitivo. Recurso provido para anular a punição aplicada no Procedimento Administrativo Disciplinar, a fim de que sejam providenciadas: a) as solicitações da defesa prévia; b) a oitiva de testemunha, com os demais trâmites do Conselho de Disciplina. Decisão unânime.

Nota-se, em tempo, que o cerceamento da defesa do acusado é uma afronta à garantia constitucional nos termos do artigo 5º, LV:

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;

Na mesma linha de raciocínio, decisão de relatoria do Juiz Coronel da Brigada Militar Sérgio Antônio Berni de Brum, acórdão 3372-2012:

Apelo do Estado, arguindo que o feito administrativo transcorreu de forma regular, nos parâmetros da legalidade, sem violação ao contraditório e à ampla defesa. Alegação de descabimento da tese de falta de isenção da autoridade nomeante, Comandante de OPM, em virtude da relação de parentesco com o autor da parte, que originou o processo administrativo disciplinar militar a que foi submetido o apelado. Para garantir a imparcialidade e a transparência do julgamento, deveria a autoridade que solucionou o PAD ter se isentado de qualquer decisão acerca do fato, conforme reza o art. 37, alínea "a" do CPP Militar.

Assegurar ampla defesa no processo administrativo, nos termos da Constituição Federal, significa também a observância pela Administração Militar do rito adequado. No caso, cumpria ao Encarregado do Processo Administrativo Disciplinar não apenas ouvir o acusado, mas esclarecer o fato e suas circunstâncias, colhendo as declarações de eventuais testemunhas presenciais, independentemente de terem sido arroladas pelos interessados. A atuação do Encarregado deve ser eficaz, na medida em que possui um Poder-Dever de apurar a transgressão disciplinar (item 4 do Anexo II do RDBM), com vistas a buscar a verdade real sobre o fato apreciado, fundamento do processo administrativo (art. 28, parágrafo único do Capítulo III, do RDBM). Apelo improvido. Decisão majoritária.

Se a verdade real, nas palavras de Fernando Capez, é o dever que o julgador tem de apurar todos os fatos de todas as formas legais possíveis, de modo a ter a mais completa elucidação do que ocorreu (CAPEZ, 2012, p.75), como pode haver verdade real sem que se analisem todas as circunstâncias?

A resposta é: não pode existir verdade real sem a apuração do máximo de fatos. Em que pese o princípio da celeridade do processo administrativo, o parágrafo único do artigo 28 do referido decreto estadual é claro em afirmar que tal procedimento estará “buscando sempre a verdade real sobre o fato apreciado”, logo, é para ser um procedimento rápido, mas bem feito, não se podendo indeferir os meios de prova que sejam úteis ao esclarecimento fidedigno dos acontecimentos que ensejam um procedimento administrativo disciplinar militar.

Uma instituição tão fundamental para a sociedade gaúcha como a Brigada Militar, e com tanta galhardia, cuja memória gloriosa remonta à Revolução Farroupilha, não merece menos do que um procedimento ágil e, ao mesmo tempo, correto.

O processo administrativo disciplinar militar fica aos cuidados de um encarregado designado pelo comandante, devendo ter aquela precedência hierárquica sobre o investigado, nos termos do artigo do artigo 29, parágrafo único, do Decreto nº 43.245/04.

Tendo sido delegada às funções das autoridades descritas no “caput” do referido artigo, o encarregado passa a ter o dever de conduzir o feito e manifestar suas conclusões, encaminhando essas junto com o procedimento à autoridade que decidirá sobre a punição ou não do acusado.

Por esse motivo, o encarregado do processo administrativo disciplinar militar tem o dever de declarar-se suspeito quando houver fundamento legal para isso, nos termos do artigo 142 do Código de Processo Penal Militar.

Nesse caso, os artigos 37 e 38 do CPPM são utilizados como norteadores das causas que tornam a imparcialidade do encarregado discutível:

Impedimento para exercer a jurisdição

Art. 37. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

a) como advogado ou defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito, tiver funcionado seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau inclusive;

b) ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

c) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

d) ele próprio ou seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, fôr parte ou diretamente interessado.

Inexistência de atos

Parágrafo único. Serão considerados inexistentes os atos praticados por juiz impedido, nos termos deste artigo.

Casos de suspeição do juiz

Art. 38. O juiz dar-se-á por suspeito e, se o não fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

a) se fôr amigo íntimo ou inimigo de qualquer delas;

b) se êle, seu cônjuge, ascendente ou descendente, de um ou de outro, estiver respondendo a processo por fato análogo, sôbre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

c) se êle, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim até o segundo grau inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

d) se êle, seu cônjuge, ou parente, a que alude a alínea anterior, sustentar demanda contra qualquer das partes ou tiver sido procurador de qualquer delas;

e) se tiver dado parte oficial do crime;

f) se tiver aconselhado qualquer das partes;

g) se êle ou seu cônjuge fôr herdeiro presuntivo, donatário ou usufrutuário de bens ou empregador de qualquer das partes;

h) se fôr presidente, diretor ou administrador de sociedade interessada no processo;

i) se fôr credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes.

O que se verifica em decisão do Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão de relatoria do Senhor Juiz Coronel da Brigada Militar Sérgio Antônio Berni de Brum, acórdão 3372-2012, que ora se transcreve novamente:

Apelo do Estado, arguindo que o feito administrativo transcorreu de forma regular, nos parâmetros da legalidade, sem violação ao contraditório e à ampla defesa. Alegação de

descabimento da tese de falta de isenção da autoridade nomeante, Comandante de OPM, em virtude da relação de parentesco com o autor da parte, que originou o processo administrativo disciplinar militar a que foi submetido o apelado. Para garantir a imparcialidade e a transparência do julgamento, deveria a autoridade que solucionou o PAD ter se isentado de qualquer decisão acerca do fato, conforme reza o art. 37, alínea "a" do CPP Militar. Assegurar ampla defesa no processo administrativo, nos termos da Constituição Federal, significa também a observância pela Administração Militar do rito adequado. No caso, cumpria ao Encarregado do Processo Administrativo Disciplinar não apenas ouvir o acusado, mas esclarecer o fato e suas circunstâncias, colhendo as declarações de eventuais testemunhas presenciais, independentemente de terem sido arroladas pelos interessados. A atuação do Encarregado deve ser eficaz, na medida em que possui um Poder-Dever de apurar a transgressão disciplinar (item 4 do Anexo II do RDBM), com vistas a buscar a verdade real sobre o fato apreciado, fundamento do processo administrativo (art. 28, parágrafo único do Capítulo III, do RDBM). Apelo improvido. Decisão majoritária.

Na decisão colacionada, o excelentíssimo julgador refere-se às suspeitas inquestionáveis sobre a imparcialidade do encarregado, que se dá por um dos motivos taxados nos artigos acima mencionados do CPPM, tornando a decisão que foi proferida com base na condução processual desse encarregado nula, pois existe um vício insanável, o que é capaz de comprometer todo o procedimento.

Logo, o grau de imparcialidade do encarregado, que deve ser altíssimo para respeitar os princípios próprios do procedimento administrativo disciplinar militar tem influência direta sobre o respeito ao

princípio da busca pela verdade real, pois o agente parcial não busca a verdade, mas sim o que acredita dever ser o resultado do procedimento que administra, e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que as condutas de um encarregado parcial conduzem o feito para que não produza um resultado justo, e sim um resultado pré-programado.

Todavia, supondo um processo realizado de forma proba, sem vícios em sua condução, com respeito aos princípios processuais e constitucionais e orientado faticamente pela busca da verdade real, em que se acabe por obter o resultado da condenação administrativa do militar acusado, essa decisão deverá respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para se mostrar válida, tendo em vista que uma punição desmedida é tão nociva quanto a ausência da punição para fins de manter a hierarquia e a disciplina.

Contudo, desrespeitando-se tais princípios, surge a possibilidade de anulação da decisão problemática, o que é plenamente possível na visão do Tribunal Castrense Gaúcho:

APELAÇÃO CÍVEL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DA CASERNA SUPERIOR A 10 (DEZ) DIAS. RESTITUIÇÃO DA ARMA LABORAL À RESERVA DE ARMAS. DESCUMPRIMENTO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO NE BIS IN IDEM, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGRAVANTE. EQUIVOCADO RECONHECIMENTO. INOBSERVÂNCIA DE ATENUANTE. ANULAÇÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA. CONTROLE JURISDICIONAL AMPLO. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. UNANIMIDADE. 1. Nos casos de afastamentos superiores a 10 (dez) dias – inclusive por férias –, o detentor usuário deverá restituir a arma à reserva de armas do OPM, podendo, excepcionalmente, permanecer com ela, a critério do Comandante, Diretor ou Chefe, após análise de pedido (item 03, letra h, '8', da NI LOP n.º 002.4). 2. Não há falar em

ultraje ao princípio do ne bis in idem quando a autoridade julgadora deixa de aplicar, na penalidade-fim, um dos tipos legais suscitados. 3. A penalidade administrativa balizada dentro dos limites legais (artigo 37 do RDBM) não fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que mensurada dentro da margem de discricionariedade atribuída à autoridade administrativa julgadora. 4. Por consectário lógico do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal), resta inábil arguir que a penalidade aplicada, quando cotejada com outras decisões fático-similares com penalidade inferior, estaria por configurar eventual desproporcionalidade, ante a inaplicabilidade de penas iguais aos jurisdicionados que transgridam a mesma norma infracional. 5. Em processo administrativo disciplinar o miliciano se defende dos fatos narrados na descrição de sua conduta infracional e não da capitulação legal imputada. 6. Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais, sendo, assim, tangível ao Poder Judiciário a possibilidade de transmutar a penalidade imposta, quando a lei cominar critério objetivo de aplicação ou, então, determinar à autoridade administrativa a aplicação de nova penalidade, quando houver margem de discricionariedade no ato, sem que, ao fazer isso, avilte o juízo de conveniência e oportunidade da Administração (poder discricionário). 7. O Tribunal, à unanimidade, dá provimento parcial ao apelo da autora para anular a aplicação da penalidade imposta, permanecendo o restante do procedimento como válido, a fim de que, retornando o expediente à autoridade administrativa, outorgue-se nova penalidade, reavaliando as circunstâncias e consequências da infração e os critérios pessoais da

agente, descritos no artigo 34 do RDBM, além de sopesar a atenuante prevista no artigo 35, inciso I, do RDBM. Mantido o ônus da sucumbência, com fulcro no art. 21, § 1º, do CPC, o qual resta suspenso em razão da concessão da AJG. (TJM/RS, APELAÇÃO CÍVEL N.º 1933-26.2015, JUIZ RELATOR: AMILCAR FAGUNDES FREITAS MACEDO, JULGADO EM 21/10/2015).

Entendimento que acompanha o Juiz Coronel Sérgio Antônio Berni de Brun, no acórdão 3154-2011, em que se verificaram os precedentes do acusado, o tempo de serviço, a possibilidade de promoção se mantivesse o comportamento, no mínimo, em “bom” e as provas levantadas, não demonstram a culpa do acusado:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR QUE RESULTOU EM DOIS DIAS DE DETENÇÃO, COM INGRESSO DO MILITAR NO COMPORTAMENTO INSUFICIENTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA SE DEU AMPARADO NA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE, UMA VEZ QUE SUA ESPOSA SE ENCONTRAVA HOSPITALIZADA, SITUAÇÃO QUE NÃO FOI LEVADA EM CONSIDERAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO, ALÉM DE POSSUIR VÍCIOS DE NULIDADE, FOI DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Sargento que é punido por ter faltado ao serviço para o qual estava escalado, na função de atendente do telefone 190 (CIOSP), deixando de comunicar em tempo hábil a impossibilidade de comparecer ao trabalho, bem como ter faltado com a verdade ao informar ao seu chefe imediato que havia sido dispensado do serviço, com conhecimento da administração, o que não ocorreu. Não há que se falar em nulidade, uma vez que o ora apelante apresentou

defesa escrita, firmada por advogado constituído, que foi entregue na audiência de justificação. Além disso, juntou documentos, comprovando a internação hospitalar de sua esposa, não arrolando nenhuma testemunha. Na solução do procedimento disciplinar, a autoridade considerou o graduado não justificado, classificando a conduta transgressional como grave e aplicando a punição de 48h de detenção, com prejuízo do serviço e ingresso no comportamento insuficiente. Da decisão, o apelante apresentou recurso de pedido de reconsideração, que foi indeferido. Irresignado, apresentou o recurso de queixa, que também restou indeferido. Assim, não há que se falar em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A moderna doutrina e a jurisprudência têm admitido a análise de questão de mérito administrativo, sob o viés da razoabilidade/proporcionalidade. Trata-se, todavia, de um juízo de valor formulado no caso concreto, quando a decisão administrativa se revele irrazoável ou desproporcional. O que se constata dos autos é que a decisão administrativa de aplicação de punição de 48 horas, com prejuízo do serviço, acarretando o ingresso no comportamento insuficiente e, por consequência, impedindo o apelante de frequentar o curso de sargento, não obstante seu cunho eminentemente discricionário, mostra-se excessiva. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto,

somente aos aspectos formais (STJ - RMS 24584/SP. 5ª Turma. DJe 08/03/2010). Diante do conjunto probatório existente nos autos, constata-se que a esposa do graduado possuía sérios problemas de saúde, com internações hospitalares recentes que levaram o graduado a interna-la novamente, de forma urgente, por conta de doença respiratória e suspeita de embolia pulmonar. Os documentos de internação da esposa do ora apelante, o primeiro ocorrido no dia 29 de abril de 2010 (fls. 36/38), o segundo ocorrido no dia 2 de maio de 2010 (fl. 40) e o terceiro ocorrido no dia 9 de setembro de 2010 (fls. 41/46), demonstram os problemas por ele enfrentados é são prova cabal da situação emergencial que vivia o apelante, o que, com certeza, contribuiu para que adotasse a conduta infracional contida na fl. 23. O ora apelante, no momento da punição disciplinar, encontrava-se no comportamento ótimo, e, de acordo com o art. 46, II, do RDBM, alcança-se tal conceito quando no período de quarenta e oito meses o graduado tenha sofrido até no máximo uma repreensão, ou o equivalente, o que mostra a exemplar conduta funcional da praça. Não é razoável puni-lo com dois dias de detenção, com prejuízo do serviço, com reclassificação para o conceito insuficiente e, conseqüentemente, com a perda do curso de sargento a que estava matriculado. Reza o Decreto nº 43.245/2004, art. 8º, § 2º, que A autoridade competente poderá, motivadamente, observando o interesse da disciplina, da ordem administrativa e da ação educativa da punição, e os vetores da aplicação da sanção, de que trata os artigos 34 a 41, deste Regulamento, alterar a classificação da falta disciplinar prevista na Relação dos Tipos Transgressivos Disciplinares constante do Anexo I, deste Regulamento. Assim, a desproporcionalidade não está na aplicação da

punição de detenção, mas sim na classificação da falta, que se mostra desproporcional, diante de todos os fatos que levaram o graduado a cometer a transgressão. Não parece razoável classificar a punição imposta a graduado com 22 anos de serviço ativo como grave, com a conseqüente redução de seu comportamento para insuficiente e a perda do curso de sargento. Apelo provido. Decisão majoritária”.

Decisão que demonstra ser possível encontrar excessos não apenas na aplicação da punição, que pode estar justa, mas, mesmo neste caso, existe a possibilidade de haver um erro na classificação da punição, o que produziria efeitos excessivamente nocivos à carreira militar, uma vez que as promoções na Brigada Militar estão intimamente ligadas à conduta de seus membros, que deve ser sempre ilibada, honrada.

5 CONCLUSÃO

O procedimento administrativo disciplinar militar surge com o objetivo de garantir que a função primordial do Estado será cumprida, garantir a segurança da sociedade.

A sociedade é protegida pelos militares, cidadãos armados, legalmente investidos do poder para coibir e reprimir a violência, se necessário, com emprego de armas de fogo.

Contudo, para que tais cidadãos não se comportem como um bando ou como mercenários, instituiu-se como pilares do militarismo a hierarquia e a disciplina, que garantem que os detentores das armas não se voltem contra a sociedade que jurou proteger.

O PADM, entretanto, não tem poder ilimitado, não podendo ir de encontro à Constituição Federal, aos princípios processuais e suas próprias bases, devendo, sob pena de ser completamente anulado, respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa, primando assim pela busca da verdade real, o que só ocorrerá com a segurança de que o oficial encarregado do procedimento e a autoridade julgadora serão imparciais.

Essa garantia é legalmente calcada no rol de suspeições e impedimentos que os artigos 37 e 38 do CPPM trazem como forma de demonstrar aqueles que não podem fazer parte do PADM.

Além disso, as decisões devem ser proporcionais ou razoáveis, uma vez que o objetivo é manter os pilares do militarismo influenciando e orientando a conduta dos policiais militares, o que não se dará no caso de excessos do julgador, que também é comandante.

Porém, havendo excessos ou contrariedades seja à Constituição Federal, seja aos princípios processuais, cabe Ação Anulatória, em que será hostilizada a decisão que fere o dever do Estado de garantir segurança física e jurídica aos seus tutelados, o que abarca não só os civis, mas também os militares, peça fundamental para o estabelecimento da ordem e do progresso.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: . Acesso em 01 fevereiro 2016.

____. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: . Acesso 02 fevereiro 2016.

____. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Disponível em: <>. Acesso em: 01 fevereiro 2016.

____. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 881-2015**. Disponível: . Acesso 01 fevereiro 2016.

____. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Anulatória nº 1910-2010**. Disponível: . Acesso 01 fevereiro 2016.

____. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 3372-2012**. Disponível: . Acesso 01 fevereiro 2016.

____. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 1933-2015**. Disponível: . Acesso 01 fevereiro 2016.

____. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 3154-2011**. Disponível: . Acesso 01 fevereiro 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ERASMO; SOUSA, Vanira Tavares de (trad.). A Educação de um Príncipe Cristão. In: Conselhos aos Governantes. **Senado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1026/207084.pdf?sequence=8>>. Acesso em: 01 fevereiro 2016.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. 4a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

KAUTILYA; BATH, Sérgio (trad.). Arthashastra. In: Conselhos aos Governantes. **Senado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1026/207084.pdf?sequence=8>>. Acesso em: 01 fevereiro 2016.

MANUAL Nacional de Controle Externo da Atividade Policial: o Ministério Público olhando pela sociedade. 2a ed. Brasília, 2012, p. 122.

MARREIRO, Adriano Alves. **Saber Direito: Curso “Crime Militar - Controvérsias” – Aula 1 – Militar e Militar em Atividade**. Disponível em: . Acesso em 01 fevereiro 2016.

PETTA, Nicolina Luiza de; OJEDA, Eduardo Aparicio Baez. **História:** uma abordagem integrada. São Paulo: Moderna, 1999.

RIO Grande do Sul. **Decreto nº 43.245, de 19 de julho de 2004**. Disponível: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47817&hTexto=&Hid_IDNorma=47817>. Acesso 01 fevereiro 2016.

____. **Lei Complementar nº 10.990, de 18 de agosto de 1997**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20Complement>

ar%20n%BA%2010990&idNorma=245&tipo=pdf>. Acesso em 01 fevereiro 2016.

OS REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO

THAÍS MÔNICA DE SOUSA CAMPOS:
Bacharelada do curso de Direito pela Faculdade
Serra do Carmo - FASEC

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

RESUMO: Com as mudanças nas estruturas familiares, o Direito de Família aos poucos sofre alterações, buscando sempre a garantia dos direitos fundamentais para os indivíduos e a proteção a família. A Multiparentalidade é um novo formato de família, que busca a efetivação dos laços afetivo sem a exclusão dos laços consanguíneos, trazendo assim a multiplicidade de pais, mães e avós. Um tema inovador, que proporciona incertezas e discussões, sendo necessário muitos estudos e pesquisas para sua compreensão. O presente artigo tem como objetivo analisar os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico, retratando a evolução de sua admissão, através de pesquisas doutrinárias, decisões proferidas em alguns Tribunais de Justiça, análise do tema de Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal – STF e do provimento de nº 63 publicado pelo CNJ em novembro de 2017. Desta forma, o referido trabalho irá pontuar os efeitos gerados com a aplicação do reconhecimento da multiparentalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Multiparentalidade; Efeitos Jurídicos.

ABSTRACT: With changes in family structures, Family Law gradually changes, always seeking the guarantee of fundamental rights for individuals and their family format. Multiparentality is a new family format, which seeks to achieve affective bonds without the exclusion of consanguineous bonds, thus bringing the multiplicity of parents, mothers and grandparents. An innovative theme, which provides uncertainties and discussions, and many studies and research are needed for their understanding. This article aims to analyze the effects of the recognition of multiparentality in the legal system, portraying the evolution of its admission, through doctrinal research, decisions rendered in some Courts of Justice, analysis of the theme of

General Repercussion 622 of the Federal Supreme Court and the provision of no. 63 published by the CNJ in November 2017. In this way, the mentioned work will punctuate the effects generated with the application of the recognition of multiparentality.

KEYWORDS: Family Right; Multiparity; Legal Effects.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DO INSTITUTO FAMILIAR – 2.1. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO SOCIAL E JURÍDICA; 3. DA FILIAÇÃO – 3.1. ESPÉCIE DE FILIAÇÃO; – 4. A MULTIPARENTALIDADE – 4.1. REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE – 4.2. O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060-SC, E DA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL – 4.3. PROVIMENTO N 63º DA CNJ – 5. AS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO – 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A afetividade ganha forças e cresce ainda mais com o passar dos anos, e para o Direito de Família ela tem se tornado peça fundamental em um processo para que a solução seja sempre em busca do melhor para criança ou indivíduo envolvido.

Com isso iniciou-se uma questão de escolha, sendo discutido se filiação que deveria prevalecer entre a biológica ou a afetiva. Ocorre que conforme a sociedade avançou, formando um novo padrão familiar, o direito obrigou-se a evoluir, assim surgiu a multiparentalidade, que em partes soluciona a questão de filiação biológica e socioafetiva.

Entretanto, para que ocorresse um entendimento sobre toda essa construção da relação afetiva chegar ao ponto de ser igualada aos laços consanguíneos, explanando um breve conceito das entidades familiares, seguido da filiação, que teve a igualdade entre os filhos garantida na Constituição Federal de 1988, e em seguida a proibição de discriminação com as inovações do Código Civil de 2002.

O reconhecimento da multiparentalidade, abriu um leque de aceitações devido a possibilidade do reconhecimento da parentalidade afetiva sem a exclusão da biológica, logo gerou diversos questionamentos a respeito do âmbito patrimonial, pois, o filho que possui dois pais, ou duas mães, pode pleitear alimentos em face de ambos, bem como fazer parte da linha sucessórias deles.

Desta forma o questionamento sobre a multiparentalidade tratar-se meramente de interesses patrimoniais vem sendo descartado, contudo, no caso concreto, caberá somente ao magistrado, analisar o pleito. Este artigo traz o avanço da parentalidade socioafetiva, tal como, decisões proferidas em prol da multiparentalidade, principalmente a repercussão geral 622º do STF, e a análise do crescimento em decisões favoráveis sobre o assunto.

Todavia, a multiparentalidade destaca-se como um avanço e solução para diversas entidades familiares, que conciliam as relações biológicas e afetivas de um modo harmonioso.

2 DO INSTITUTO FAMILIAR

A unidade básica da coletividade é a família, sendo que o instituto familiar possui uma forte influência no desenvolvimento do indivíduo, refletindo nos costumes, valores e na moral.

As famílias romanas, quais eram famílias patriarcais, hierárquicas, tendo como fins reprodutivos e preocupações acerca da preservação patrimonial foi o modelo familiar adotado culturalmente pelo Brasil.

Conforme Bevilacqua (1943, p.15), “o complexo das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência conserva-se na memória dos descendentes”. As famílias brasileiras evoluíram muito sobre esse conceito, sendo que suas estruturas sofrem alterações a cada momento.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO SOCIAL E JURÍDICA

Família vem do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão. No dicionário do Aurélio, família tem

variados significados, tais como grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto, grupo de pessoas com ancestralidade comum, pessoas ligadas por casamento, filiação ou adoção. A concepção que vem a ser família, é totalmente variável com o tempo, sendo que depende da evolução da sociedade, suas descobertas científicas e seus costumes, sendo impossível idealizar um conceito sólido do que vem a ser família.

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. (VENOSA, 2010)

É inquestionável a importância da família na vida do indivíduo, sendo necessário até para o melhor desenvolvimento do mesmo em sociedade. É visivelmente compreensivo a força das famílias, independentemente de sua estrutura familiar, que atualmente não possuem as mesmas características e padrões formais, os quais eram impostos antigamente.

A concepção de família romana foi modificada pela Igreja Católica, que transformou a união entre homem e mulher em uma instituição sacralizada, indissolúvel, um ato solene e único. A dissolução dessa união era impossível aos olhos da igreja católica, o qual influenciou durante anos no ordenamento jurídico do Brasil.

Conforme as entidades familiares foram evoluindo criando diversos modelos de famílias, tais como as que os casais eram conviventes, não obtendo sua união registrada civilmente, casamentos que eram dissolvidos, filhos advindos de outros relacionamentos, famílias que eram compostas apenas pela mãe ou pelo pai. Desta forma o ordenamento jurídico, absorveu essas mudanças e inovou com a Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela consagração de todo um rol de princípios fundamentais a receberem proteção constitucional, dos quais muitos se remetem as relações familiares.

Nas palavras de Paulo Lôbo: “um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava” (LÔBO, 2011, p.57). Sendo a Dignidade da Pessoa Humana o princípio basilar do ordenamento jurídico. Ele está previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, no inciso III, o qual enuncia que o Estado Democrático de Direito Brasileiro fundamentar-se-á sobre ele, de modo a o tornar um princípio, que deve servir de base para a interpretação dos demais preceitos constitucionais (TARTUCE, 2010).

O direito de família está claramente ligado com à dignidade da pessoa humana, que tem reconhecimento jurídico da igualdade do homem e da mulher, de outros modelos de família e na igualdade dos filhos. Assim, constata-se que, no âmbito do Direito de família, tal princípio repercute essencialmente na ideia de aceitação das plurais modalidades familiares contemporaneamente verificados. Nas palavras de Pereira (2005, p.100), o princípio da dignidade da pessoa humana “significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares”.

Assim, a dignidade da pessoa humana compreende diversos tipos de filiação, impedindo tratamento diferenciados entre filhos de origens diversas e preservando todas as formas de parentalidade.

3 DA FILIAÇÃO

Segundo o Dicionário Jurídico Compacto (OLIVEIRA NETTO, 2015), filiação significa “relação que existe entre uma pessoa e outra de quem descende em primeiro grau, também, do vínculo de parentesco que liga uma pessoa em relação ao seu pai ou sua mãe”. Esse vínculo mencionado no referido significado é fundamental ao amplo desenvolvimento psicológico, emocional e social dos sujeitos envolvidos na dita relação filial e pode ser constituído de diversas origens, tais como, jurídica, biológica e socioafetiva.

O conceito de filiação evoluiu ao longo da história da humanidade, sendo a principal evolução ocorrida na Constituição Federal de 1988, em

seu artigo 227, § 6, que declara direitos e qualificações dos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo ainda qualquer discriminação relativa a filiação. Esse texto constitucional trouxe proteção e validação jurídica para todos os vínculos filiais, especialmente a proibição de qualquer discriminação, sendo esta proibição reafirmada no artigo 1.596, do Código Civil de 2002.

Destaca-se que a filiação possui três espécies, filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, porém a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos deixou de existir com a evolução da sociedade e do ordenamento jurídico, sendo que os legítimos são havidos na constância do casamento e o ilegítimo fora do casamento, mas ambos possuem iguais direitos e qualificações, todos são apenas filhos. O ordenamento jurídico estabelece que, para os filhos decorrentes do casamento, há uma presunção de paternidade, enquanto para os havidos fora do casamento, há critérios para o reconhecimento judicial ou voluntário, e para os adotados, há requisitos para sua efetivação.

3.1 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Conforme mencionado acima, sobre a filiação o Código Civil elenca as hipóteses em que se presume que os filhos foram concebidos na constância do casamento, assim estabelece:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Filiação matrimonial, ou seja, aquela originada na constância do casamento dos pais, seja ele válido, nulo ou anulável, ou até mesmo antes da celebração do casamento, mas nascida durante a sua vigência, por reconhecimento dos pais.

Os incisos I e II do artigo [1.597](#) repetem alguns princípios do [Código Civil de 1916](#). O primeiro inciso estabelece a presunção de que foram concebidos durante o matrimônio os filhos nascidos em um prazo mínimo de 180 dias (seis meses) a contar do momento em que se estabelece a convivência conjugal, e não da data da celebração do casamento. O segundo inciso estabelece que são filhos havidos durante o matrimônio se nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução do casamento, tenha este ocorrido por morte, separação, divórcio, nulidade ou anulação.

Os incisos [III](#), [IV](#) e [V](#) do artigo [1.597](#) trazem hipóteses inovadoras e únicas, no [Código Civil](#) sobre a presunção de filhos tidos na constância do matrimônio, concebidos por meio da reprodução humana assistida.

Além do exposto, o reconhecimento da filiação pode ser voluntário, sendo ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho, salvo os casos efetuados por meio de procuração. O reconhecimento é irrevogável e irretratável, porém pode ser anulado caso seja praticado com vício de vontade, coação, erro, ou se não observar certas formalidades legais.

Referente a filiação ilegítima, o qual não mencionada atualmente, pois filhos são filhos, destaca-se que caso o reconhecimento da filiação não ocorra de modo voluntário, este reconhecimento pode ocorrer de modo judicial, através do ajuizamento de ação de investigação contra o pai, a mãe ou contra ambos. Por fim, o reconhecimento produz efeitos *extunc*, fazendo constar o fato no Registro Civil, sem qualquer referência à filiação ilegítima.

Frisa-se que a aceitação de uma criança ou adolescente como filho por pessoas maiores, independentemente de seu estado civil tem por

finalidade um ato jurídico chamado de adoção, que é simplesmente atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, sem nenhuma discriminação. Essa relação inicia-se através do vínculo afetivo que ambos desenvolvem. Com a adoção o adotado é desligado de qualquer vínculo jurídico com os pais e parentes consanguíneos, assim assume nome e sobrenome da nova família.

4 A MULTIPARENTALIDADE

De acordo com Lôbo (2011 p. 35), um dos aspectos mais importantes em razão da promulgação da Constituição de 1988 foi a transformação da natureza socioafetiva em gênero, abrangendo tanto as espécies biológica quanto a as afetivas, devidos aos diversos questionamentos e discussões sobre o vínculo biológico prevalecer sobre o vínculo afetivos ou vice-versa, que surgiu de forma ponderada a possibilidade de as duas espécies prevalecer, surgindo assim, a multiparentalidade.

A multiparentalidade significa a legitimação da paternidade/maternidade do padrasto ou madrasta que ama, cria e cuida de seu enteado (a) como se seu filho fosse, enquanto que ao mesmo tempo o enteado (a) o ama e o (a) tem como pai/mãe, sem que para isso, se desconsidere o pai ou mãe biológicos. A proposta é a inclusão no registro de nascimento do pai ou mãe socioafetivo permanecendo o nome de ambos os pais biológicos, ocorre que essa legitimação tomou uma proporção maior, e além do reconhecimento do padrasto ou madrasta, muitos pedidos são para o reconhecimento de pessoas que possuem um vínculo afetivo, independentemente de ter uma relação conjugal com o pai ou mãe biológica, exigindo assim do judiciário uma preocupação a respeito do real interesse.

Dessa forma, a multiparentalidade diverge da adoção unilateral em que o cônjuge ou companheiro do pai ou mãe do enteado adota este, o que resulta no total rompimento dos vínculos jurídicos com o outro genitor, salvo os impeditivos de casamento. Nesta modalidade de adoção unilateral, não há alteração da paternidade/maternidade do cônjuge ou companheiro do adotante, bem como do exercício do poder familiar e nos vínculos jurídicos.

A multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no dia-a-dia. Afirma a existência do direito a convivência familiar que a criança e o adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

4.1 REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Entendendo o conceito de multiparentalidade, na prática, o Direito passa a legitimar aquele que cria, educa e ama como se seu filho fosse, embora não tenha com ele laços consanguíneos. Assim, é reconhecido juridicamente a filiação afetiva de pai ou mãe com esse filho, sem excluir a filiação consanguínea.

Desta forma vem surgindo dúvidas e questionamentos a respeito qual a situação e quais os requisitos necessários para a propositura da ação de multiparentalidade. Ocorre que a multiparentalidade não possui uma legislação própria, assim cada caso é analisado de forma específica, não coexistindo um padrão. Logo, é possível afirmar que a multiparentalidade busca a melhor solução para as partes, principalmente quando envolve menor de idade, a busca é sempre do melhor interesse da criança.

Uma decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou recurso de uma mãe que buscou para sua filha o direito do reconhecimento do pai biológico sem a exclusão do pai registral seu pai afetivo. A criança foi registrada pelo homem que convivia com sua mãe em união estável, ocorre que mesmo sem obter certeza da paternidade, escolheu registra-la e cria-la como filha. O recurso foi negado pois os relatores compreenderam que neste caso concreto não seria a melhor solução para a criança.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator desse processo, afirmou que concomitância de parternalidades não é uma regra. Segundo ele, só possível o reconhecimento quando houver circunstâncias fáticas que a justifique, "não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável".

Conforme o estudo social, o pai biológico não demonstrou nenhum interesse em registrar a filha ou em manter vínculos afetivos com ela. No momento da propositura da ação, a mãe, o pai socioafetivo e a criança continuavam morando juntos. Além disso, ficou comprovado no processo que o pai socioafetivo desejava continuar cuidando da menina.

O relator observou, que esse reconhecimento concomitante é válido desde que prestigie os interesses da criança, o que não ficou demonstrado no processo. “O melhor interesse da criança deve sempre ser a prioridade da família, do Estado e de toda a sociedade, devendo ser superada a regra de que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica, e vice-versa”

As instâncias ordinárias, chegou a conclusão que a ação foi ajuizada unicamente porque a genitora pretendia criar uma aproximação forçada com o pai biológico. Por fim o ministro enfatizou que a própria filha, caso deseje, poderia ajuizar na justiça, futuramente o reconhecimento de paternidade.

Com essa negativa é possível analisar que não existe de fato um padrão, com requisitos para seguir. A multiparentalidade requer um estudo do caso concreto e uma análise de todos os fatores para que seja julgada procedente. Frisa-se que o requisito primordial é os laços afetivos gerado por meio de uma convivência de filho, não obtendo de idade mínima da criança para que seja ajuizada a devida ação.

4.2 O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060-SC, E DA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL 622

O recurso trata de um pai biológico que recorreu contra um acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais. O caso concreto era de uma pessoa que descobriu após a separação de seus pais, que sua genitora teve um relacionamento extraconjugal o qual resultou em seu nascimento, desta forma a mesma ajuizou ação de reconhecimento de paternidade, o qual através de exame de DNA ficou comprovada a paternidade. Ocorre que o pai biológico não concordou com a paternidade, o qual gerava efeitos patrimoniais, alegando que a filha afirmou que continuaria os vínculos com o pai socioafetivo.

Em sessão realizada em 21 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico. Assim, com a maioria dos votos, os ministros negaram provimento ao recurso e decidiram pela decisão de multiparentalidade.

Nesta ação o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), atuou na qualidade de *amicus curiae* (amigo da corte), defendendo a igualdade de filiação, conforme mencionado acima sobre filhos legítimos e ilegítimos, os quais não existem mais distinção.

A maioria dos ministros seguiram o mesmo fundamento que não seria necessário a escolha de uma das paternidades, biológicas ou afetiva, sendo que ambas podia ser concomitantemente. Nesse caso foi fixada a tese de repercussão geral 622: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

Essa tese serve de parâmetro para casos semelhantes, em trâmite na justiça ou futuros. Foi um avanço para o direito de família, uma decisão que consolida a afetividade, mostrando que não tem uma modalidade de vínculo que deve prevalecer, colocando assim a filiação afetiva e biológica no mesmo patamar.

Destaca-se que essa tese não soluciona todos os casos de multiplicidade de paternidade ou maternidade, sendo necessário a discussão e análise de cada caso concreto, porém o STF trouxe com essa tese o reconhecimento da existência da multiparentalidade.

4.3 PROVIMENTO N 63º DA CNJ

Recentemente mais uma evolução do Direito de Família, a publicação do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais,

permitindo ainda o reconhecimento voluntário da paternidade e maternidade socioafetiva sem a necessidade do ajuizamento de ação.

Para Ricardo Calderón (2017), diretor nacional do IBDFAM e mestre em Direito Civil, este Provimento vem em um bom momento, pois pode beneficiar um grande número de pessoas. "O Provimento acolhe um Pedido de Providências do próprio IBDFAM, no qual o Instituto demandava a unificação nacional da possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva diretamente nos cartórios de Registro Civil. Esta normativa consagra acolhimento extrajudicial do princípio da afetividade, de modo que é possível dizer que ele chega aos balcões dos cartórios. O fato de permitir que as filiações socioafetivas sejam consagradas diretamente nos escritórios registradores, sem necessidade de ação judicial, é mais um evento representativo do fenômeno da extrajudicialização que estamos vivendo no Direito brasileiro", afirma.

Contudo vale ressaltar que o artigo 14 desse provimento retrata "O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento". Logo é possível destacar que o mesmo provimento trouxe consigo diversas discussões, pois alguns doutrinadores interpretaram esse artigo como a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade ocorrer diretamente em cartório de registro, enquanto outros doutrinadores afirmam que a multiparentalidade continua sendo possível apenas em decorrência de ação judicial.

Logo, é possível afirmar que a multiparentalidade é um tema ainda em construção, e que necessita de muitas pesquisas e acompanhamento nas decisões proferidas pelos tribunais, e devido ao provimento 63 ter sido publicado recentemente é meramente necessário discutir sobre o tema, uma vez que garante a possibilidade de garantir a filiação socioafetiva.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO

É possível verificar que toda mudança e o novo assusta e causa dúvidas, e com o reconhecimento da multiparentalidade não poderia ser

diferente, desta forma podemos pontuar os principais questionamentos acima dessa novidade do direito de família.

Inicialmente o direito ao nome é a primeira mudança ocorrida após o reconhecimento da multiparentalidade, juntamente com o direito ao parentesco, após acrescentar ao registro civil o nome de mais uma genitora ou genitor, automaticamente acrescenta-se os dos avós. Desta forma o indivíduo pertencerá a toda a cadeia de parentesco. Imagine um indivíduo sendo reconhecido por mais uma mãe e um pai, sem a exclusão dos biológicos, desta forma essa pessoa passa a ter em seu registro duas mães, dois pais, e provavelmente oito avós. Consequentemente a alteração irá ocorrer em todos os documentos pessoais deste indivíduo.

Obtendo três ou mais pessoas como genitores, principalmente de um menor pode causar alguns conflitos no direito civil, tais como a concessão a emancipação, o qual é necessário a autorização dos pais conforme artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil, que estabelece: "I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos". Assim, se algum dos genitores não concordar com a emancipação, a lide terá que ser resolvida judicialmente, conforme previsão legal no artigo 1.631 do Código Civil, que estabelece em seu parágrafo único: "Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo".

Em seguida o tema mais preocupante, a guarda, pois caso o indivíduo seja menor de idade, existe assim, a garantia dos pais quanto a guarda e direito de convivência, imaginando que esse menor tenha duas mães e dois pais, os quatro não iram residir na mesma residência, ocasionando assim uma multiplicidade de obrigações e desejos de convivência com o menor. Quantos conflitos referentes a guarda chegam no judiciário, e com a multiparentalidade quantos mais chegarão? A multiparentalidade para menores traz com ela diversas dúvidas e preocupações. Imaginando que uma um menor tenha em seu registro uma mãe e dois pais, e em um determinado tempo os genitores entram em

conflito, transformando a convivência harmoniosa em uma convivência de disputas pela guarda, visitas e moradia do menor.

O tema é preocupante, pois a quantidade de processos existentes nas varas de famílias em consequência da disputa de guarda já é bastante, e com a multiparentalidade envolvendo menores pode ainda mais sobrecarregar o judiciário, fazendo necessário mais atenção e cautela. Frisa-se que a preocupação é quanto o bem-estar do menor, e nessas ações de guarda são os que mais sofrem.

Com a determinação da guarda, acompanha-se a discussão quanto aos alimentos, que para Lôbos (2011, p. 371) “tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco, quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção”. Alimentos este que é fixado conforme necessidade do reclamante e possibilidade do alimentante. Com a multiparentalidade essa obrigação estende-se a todos os genitores e conseqüentemente aos avós, a reflexão parte quanto a pensão alimentícia ser fracionada, sendo assim o alimentado prejudicado, devido à grande proporção de inadimplementos.

Destaca-se que futuramente essa obrigação de prestação de alimentos e assistência pode ser invertida, e caso os pais venham necessitar ambos podem ajuizar em desfavor do filho ação de alimentos, conforme previsto no artigo 229 da Constituição de 1988, que determina “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, logo essa prestação alimentar aos pais é garantida, na hipótese do indivíduo que possui três ou mais genitores em seu registro civil, e estes necessitarem de alimentos, esse seria obrigado a prestar alimentos, sempre analisando a necessidade do requerente versos a possibilidade de pagar do alimentante.

A multiparentalidade sendo admitida, todos os seus efeitos apresentados acima são estendidos, principalmente ao direito à herança. Sendo garantido o direito ao indivíduo a receber herança de quantos pais/mães este tiver. É necessária muita atenção dos juristas ao julgar a

ação de multiparentalidade para que não torne uma jogada de interesses para fins financeiros e sucessórios.

No Código Civil, em seu artigo 1.845, determina que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, logo é possível verificar que os filhos entram na primeira linha sucessória, sendo de extrema atenção se o interesse, em ser reconhecido civilmente pelo padrasto, madrasta ou outra pessoa em que alega possuir um vínculo socioafetivo, não seja por motivo de interesses patrimoniais.

Conforme foi possível verificar, existe diversos pontos confusos quanto a multiparentalidade, mostrando assim, a necessidade uma legislação própria para que estabeleça um rol básico de qual momento será permitido a propositura da ação. Sendo importante determinar quantos pais/mães serão permitidos acrescentar no registro civil do interessado, porém a questionamentos contrários referente a necessidade de um rol taxativo, vez que as estruturas familiares estão em constantes alterações e esse rol não seria suficiente para atender as diversidades familiares.

Diante de tantas novidades e a falta de uma legislação específica, a responsabilidade dessas ações ficam cada vez mais na responsabilidade dos juristas, sendo necessário mais cautela e análise de cada caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ademais, podemos analisar que a definição de família evoluiu de forma significativa, sendo recebida pelo ordenamento jurídico e modificada cada vez mais. Nesse estudo destacamos o conceito de família, desde a sua evolução social e jurídica, seguimos para uma análise das espécies de filiações, o qual tem papel fundamental para o início da multiparentalidade.

Com a diversidade das entidades familiares e o afeto generoso e despretensioso que as pessoas conseguem sentir pelo próximo, o ordenamento jurídico adaptou-se a um novo formato familiar, a parentalidade socioafetiva, que ultrapassa os laços consanguíneos e os padrões antigos de conceito de família.

Nesse novo formato familiar, a parentalidade afetiva passa a caminhar lado a lado aos laços biológicos, sempre buscando a proteção do indivíduo. Logo, foi possível destacar que a multiparentalidade trouxe a possibilidade de garantir as relações afetivas, juntamente com a relação biológica, sem a necessidade de exclusão, sendo que anteriormente era necessário uma sobrepor a outra.

Ressalta-se que o reconhecimento da multiparentalidade evoluiu recentemente para a possibilidade consensual, conforme provimento do CNJ, buscando assim o direito ao registro civil e as garantias de todos os efeitos jurídicos, de um modo simples e prático para famílias que estão de comum acordo, além de diminuir o fluxo de ações no judiciário.

Contudo, esse fenômeno multiparentalidade ainda será objeto de muito estudo, pesquisas e adaptações para com nossa legislação. Devido aos diversos problemas previsíveis ou não, faz necessário uma legislação específica, que previna a garantia desse direito a multiplicidade nos registros civis.

7. REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Recife: Ramiro M. Costa e C.A. Editores, 1943.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado: 2002.

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

BRASIL. IBDFAM – **Provimento nº 63 da CNJ auxilia trâmites de multiparentalidade**. Disponível: www.ibdfam.org.br/noticias/6526/Provimento+n%C2%BA+63+da+CNJ+auxilia+tr%C3%A2mites+de+multiparentalidade. Acesso em 02 mai. 2018.

BRASIL. STF - **RE 898060 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProce>

sso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE
&numeroTema=622 Acesso em 19. Mai. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Reconhecimento de multiparentalidade está condicionado ao interesse da criança.** Disponível em: www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Reconhecimento-de-multiparentalidade-est%C3%A1-condicionado-ao-interesse-da-crian%C3%A7a>. Acesso em: 30 mai. 2018.

BRASIL. TJTO – **Dupla maternidade.** Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/4511-dupla-maternidade-em-araguaina-justica-autoriza-registros-civis-com-nomes-de-duas-maes>. Acesso em 19 mai. 2018.

BRASIL.CNJ – Atos Administrativos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 19 mai. 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário do Aurélio. Família. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/familia>. Acesso em: 17 fev. 2018.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** família. De acordo com a Emenda Constitucional 66/2010. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. A tripla filiação e o direito civil: alimentos, guarda e sucessão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3831, 27 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26265>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**: Biblioteca digital. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/2599?mode=full&submit_simple=Mostrar+o+registro+em+formato+completo. Acesso em: 30 mai. 2018.

OLIVEIRA NETTO, José. **Dicionário Jurídico Compacto**: terminologia jurídica e latim forense. 5. ed. São Paulo: CL Edijur 2015.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. Consultor Jurídico – **CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>. Acesso em 02 mai. 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

TOCANTINS. JUS TOCANTINS - **Da Extrajudicialização da Parentalidade Socioafetiva e da Multiparentalidade**. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/artigos-39996-da-extrajudicializacao-da-parentalidade-socioafetiva-e-da-multiparentalidade.html>. Acesso em 19.mai.2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo; Mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. Palmas – TO. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

EFEITOS JURÍDICOS DA RESCISÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO ÂMBITO IMOBILIÁRIO

AGNELSON ANGELIS ALVES PEREIRA BARBOSA: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Sabe-se que com a chegada da crise econômica o país viu o poder de compra da população diminuir drasticamente, muitos perderam seus empregos, e, em consequência disto, houve um aumento crescente de devoluções de casas, apartamento e de lotes. Além disso, houve atraso considerável na entrega dos empreendimentos, visto que as construtoras/fornecedoras não tiveram, ao longo da crise, dinheiro suficiente para cumprir o calendário de entrega. Portanto, este artigo visa analisar as abusividades constantes do contrato de promessa de compra e venda, pontuando além dos próprios julgados, questões doutrinárias e jurisprudenciais. Desse modo, foram analisados alguns julgados em que o Tribunal do Estado do Tocantins emitiu sobre essa temática, utilizando como parâmetro na pesquisa jurisprudencial da corte o termo: “promessa de compra e venda de bem imóvel”, no site do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, foram encontrados 376 resultados, tendo como a data da pesquisa o dia 20 de abril de 2018, sendo que destes foram retirados os que possuíam relação jurídica entre fornecedor: construtora, incorporadora, empresas responsáveis por loteamentos imobiliários, todos abrangendo relação consumerista. Trata-se de pesquisa qualitativa, por meio do método dedutivo, a partir de doutrinas, artigos científicos, análise de normas legais e de jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Promessa de Compra e Venda; Abusividades Contratuais, Pesquisa Jurisprudencial, Tribunal do Estado do Tocantins.

ABSTRACT: It is known that with the arrival of the economic crisis the country saw the purchasing power of the population decrease drastically, many lost their jobs, and, as a consequence, there was an increasing

increase of returns of houses, apartment and lots. In addition, there was a considerable delay in the delivery of the projects, since the contractors / suppliers did not have enough money during the crisis to comply with the delivery schedule. Therefore, this article aims to analyze the abusive nature of the contract of promise of buying and selling, punctuating beyond the own judgments, doctrinal and jurisprudential issues. Thus, some judgments were analyzed in which the Court of the State of Tocantins issued on this subject. As for the methodology was used a case study, the research used as a parameter in the Court's jurisprudential research the term: "promise to buy and sell property", on the website of the Court of Justice of the State of Tocantins, found 376 results, having such as the date of the research, on April 20, 2018, of which those who had a legal relationship between the supplier, the developer, the developer, the companies responsible for real estate developments, were all withdrawn, all of them covering the consumer relationship.

KEYWORDS: Purchase and Sale Pledge; Contractual Abuses, Jurisprudential Research, Tocantins State Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contrato de promessa de compra e venda como contrato de consumo; 2.1 Especificidades cerca da promessa de compra e venda de bem imóvel; 2.2 A Promessa de compra e venda enquanto relação de consumo; 2.3 Natureza jurídica da promessa de compra e venda de bem imóvel; 2.4 Princípios de proteção ao consumidor constante do CDC; 2.4.1 Vulnerabilidade do consumidor; 2.4.2 Transparência; 2.4.3 Informação ao consumidor; 2.4.4 Princípio da boa-fé objetiva; 3. Efeitos jurídicos das arras ou sinal por inadimplemento do promitente comprador ou vendedor; 4. Efeitos da rescisão unilateral pelo promitente comprador e pelo promitente vendedor; 5. Análise dos julgados do tribunal de justiça do Tocantins; 5.1. Não entrega das chaves ao promitente comprador por falta de pagamento de taxa de evolução da obra; 5.2. Retenção do valor integral das parcelas pagas por inadimplemento do comprador, cláusula abusiva; 5.3. Cumulação contratual de a título de sinal de arras confirmatórias e arras penitenciais; 5.4. Previsão de cláusula de arrependimento apenas pelo promitente vendedor, cláusula julgada nula de pleno direito; 5.5. Pagamento indevido de comissão de

corretagem, falta de informação ao consumidor; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar os efeitos jurídicos constantes na relação jurídica advinda da promessa de compra de venda de bem imóvel entre construtoras/incorporadoras, loteadoras e consumidor, além de analisar abusividades constantes em cláusulas contratuais. Sabe-se que a Constituição Federal no seu art. 5º, XXXII, preceitua que o Estado promoverá a defesa do consumidor, tal incumbência reconhece que o consumidor, muitas das vezes, é a parte vulnerável na relação de consumo, pois não possui as informações técnicas necessárias e nem tem condições de consegui-las. Além da vulnerabilidade, não raramente o consumidor é hipossuficiente, ou seja, é a parte que carece de benefícios, desprestigiada na relação consumerista, por isso, e com razão, o CDC no art. art. 6º, VIII, reconhece a inversão do ônus da prova, pois o consumidor, muitas vezes, precisa de informações que só o fornecedor que as possuem, caso o fornecedor não prove que respeitou as regras civis e consumeristas, no caso concreto, então, o juiz sentenciará favorável ao consumidor. Portanto, este reconhecimento visa equalizar pelo menos processualmente as disparidades materiais, econômicas e técnicas, que perpassam na maioria das vezes a relação de consumo.

Além da análise jurídica, a realidade econômica do país mudou e com a chegada da crise econômica o país viu o poder de compra da população diminuir drasticamente, muitos perderam seus empregos, e, em consequência disto, houve um aumento crescente de devoluções de casas e apartamentos e lotes. As construtoras/incorporadoras não raramente introduzem cláusulas contratuais que só, posteriormente, o consumidor vai se dar conta dessas abusividades, tendo que recorrer ao Poder Judiciário, a fim de julgá-las nulas.

Algumas perguntas podem nortear este trabalho, como: Qual é o conceito de consumidor e fornecedor? Quais as características e os efeitos

da promessa de compra e venda? Quais as consequências jurídicas da cláusula de arrependimento? Quando que o consumidor adquire direito real de aquisição sobre o imóvel? Quais são os princípios norteadores na relação de consumo? Quais os efeitos da rescisão unilateral advindo do promitente comprador motivado por dificuldade no adimplemento? Quais os efeitos a rescisão quando o promitente vendedor não cumpre seu ônus contratual? E, ao final, uma análise como os recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins emitiu sobre abusividades constantes nestes contratos.

Todas estas questões são importantes para que a Promessa de Compra e Venda nas rescisões imobiliárias tenham um embasamento teórico, a fim de que se traga segurança jurídica às partes envolvidas, visto que muitas vezes envolvem valores elevados, o que, se não bem esclarecido aos negociantes, pode acarretar demandas judiciais buscando desfazer o negócio. Portanto, vê-se que tal negócio jurídico faz parte do dia a dia, e responder tais indagações jurídicas é fundamental.

Além disso, diversas são as nomenclaturas que são utilizadas para caracterizar a promessa de compra e venda, pré-contrato, contrato preliminar, compromisso preliminar, contrato preparatório, entre outras denominações, mas podemos assumir uma ideia única, visando que a obrigação assumida por uma ou ambas as partes seja concretizada no futuro, alcançado o termo ou a condição entabulada.

2 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COMO CONTRATO DE CONSUMO

Observação importante que se faz desde o início deste trabalho é que alguns autores, como Orlando Gomes, diferenciam as expressões compromisso e promessa de compra e venda, para este a promessa de compra e venda traz implícita a faculdade do arrependimento, enquanto o compromisso não permitiria o arrependimento.

Neste trabalho, contudo, estas serão tomadas como sinônimas, visto que como veremos mais adiante, sua diferenciação possui poucos efeitos práticos.

2.1 ESPECIFICIDADES ACERCA DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL

Ao conceituar a promessa de compra e venda Mário Luiz Delgado (2005 p. 239) aduz: “Consiste em uma obrigação de fazer, inconfundível com o dever jurídico previsto no negócio definitivo, que poderá consistir em um vender, comprar, emprestar, constituir hipoteca, etc”.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 49): “Negócio jurídico em que uma ou ambas as partes comprometem-se a pactuar, mais tarde, outro negócio, denominado principal, gerando, portanto, por consequência, o dever de concluir outro contrato”.

Ainda Segundo Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 358): “O contrato preliminar é uma avença por meio do qual as partes estipulam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um negócio jurídico apenas projetado”.

A promessa de compra e venda é estipular o preço, a forma de pagamento, o prazo de entrega do imóvel e todas as demais condições que se dará o contrato definitivo, a ideia é trazer segurança jurídica às partes e, caso uma parte não o cumpra, poder-se-á exigir judicialmente seu cumprimento.

Portanto, a promessa de compra e venda é contrato preliminar, pois este é realizado antes do contrato definitivo. Dispensável, visto que as partes podem realizar diretamente a escritura definitiva da compra e venda do imóvel.

Os requisitos essenciais ao contrato de promessa de compra e venda são os mesmos de qualquer negócio jurídico, quais sejam os pressupostos de sua validade: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. O que é

corroborado pelo artigo 462 do código civil: “Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”. Daí se conclui que a promessa de compra e venda é contrato de forma livre.

A promessa de compra e venda de bem imóvel possui, ainda como características, ser oneroso, pois ambas as partes obtêm vantagem econômica, pois as partes obrigam reciprocamente a dar ou fazer alguma coisa.

Translativo em razão de ser um instrumento que gera a obrigação de transferência da propriedade e para outra parte o direito à aquisição desta.

Bilateral ou sinalagmático porque cada parte assume respectivamente obrigações, mas também possuem adquirem direitos.

E, comumente um contrato comutativo, pois as partes conhecem previamente o conteúdo de sua prestação. Entretanto, como se verá muito das abusividades ocorrem justamente pelo desconhecimento dos termos estabelecidos no contrato de adesão. Entendo, portanto, que é, comumente comutativo, mas algumas abusividades muitas vezes impedem que tal requisito prevaleça.

Seus elementos são as partes, o objeto, o preço e o consentimento. As partes são o promitente comprador e promitente vendedor. O objeto deve ser determinado atual ou futuro, no caso o imóvel. O preço deve estar determinado em dinheiro, sob pena de não poder ser conceituado como uma promessa de compra e venda. O consentimento não é nada mais do que o acordo de vontade pactuada sobre o objeto e preço do imóvel.

2.2 A PROMESSA DE COMPRA E VENDA ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO

Da análise do Código de Defesa do Consumidor pode-se perceber que o contrato celebrado entre construtora/incorporadora/loteador

estabelece uma relação de consumo, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor assim diz: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Já o artigo 3º do CDC estabelece:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

E o Parágrafo § 1º do Art. 3º dispõe: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

A conclusão que se chega é que todo incorporador/construtor/loteador é um fornecedor, mas nem todo comprador é um consumidor, visto que aquele deverá realizar a venda das unidades com habitualidade, requisito essencial para o conceito de fornecedor, caso o vendedor não realize a venda com habitualidade não será considerado como fornecedor. Portanto, um indivíduo que venda sua casa para outro, de forma esporádica, não poderá ser considerado fornecedor.

Já o consumidor, caso compre o imóvel visando o lucro (venda, locação, permuta) ou como investidor, não poderá ser considerado como consumidor, já que não se trata de destinatário final daquele imóvel.

Outro aspecto é que os contratos realizados entre incorporador/construtor/loteador possuem natureza jurídica de contrato de adesão, uma vez que as cláusulas contratuais são pré-formatadas a critério exclusivo do vendedor, não cabendo, portanto, a modificação, bem assim estabelece o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela

aceitação em bloco de uma série de cláusulas, formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Ressaltasse que muitas das abusividades ocorrem justamente porque o consumidor não possui a faculdade de discutir suas cláusulas, já que estas são previamente estipuladas.

A jurisprudência do STJ reconhece como nula a cláusula que estabelece foro em local diferente do domicílio do consumidor, quando gerar dificuldade de acesso ao Poder Judiciário ou sua hipossuficiência.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORO DE ELEIÇÃO. DIFICULDADE DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. De acordo com o entendimento desta Corte, a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão pode ser reputada inválida, quando demonstrada a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à Justiça. Precedentes. [...] 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 983281/PR, 4ª Turma, DJe de 01/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. VALIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não demonstrada a hipossuficiência da parte e o risco de comprometimento da sua defesa, é perfeitamente válida a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão. 2. Agravo regimental

a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 843970/RS, 3ª Turma, DJe de 12/05/2016)

A jurisprudência, desse modo, promove uma proteção ao consumidor, uma vez que reconhece que o fornecedor poderia, com o fim de dificultar uma futura ação, eleger foro em outro local distante de sua localidade. O consumidor, na maioria das vezes, por não ter conhecimento jurídico, econômico ou técnico, pode ficar em desvantagem frente ao incorporador/construtor/loteador, que muitas vezes possuem aparato burocrático e técnico suficiente para se valer frente ao direito do consumidor.

Logo, o juiz ao decretar a inversão do ônus da prova está apenas reconhecendo direito ao hipossuficiente frente a uma situação fática (relação de direito material) que se mostra casuisticamente, assim estabelece o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Além disso, o CDC determina a interpretação mais favorável ao consumidor em seu art. 47: "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL

A promessa de compra e venda de bem imóvel é uma espécie contratual de natureza real que não se pactuou cláusula de arrependimento, podendo ser registrado tanto por instrumento público

quanto particular, além disso, segundo os artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, seria aquela em que houve o registro da promessa em cartório de registro de imóveis, assim dispõe:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Pode-se confirmar a natureza de direito real, pois o artigo 1.225, VII, do Código Civil, assim o reconheceu: "Art. 1.225. São direitos reais: VII - o direito do promitente comprador do imóvel".

O direito à aquisição de direito real sobre o imóvel também é confirmado pelo art. 1.418 do Código Civil:

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Pela citação acima mencionada percebe-se que para que fosse considerada como direito real, a lei exigiria a irretratabilidade do contrato e o registro em cartório necessariamente.

Contudo, não parece o melhor entendimento para a questão, visto que o registro pode não vir a acontecer, o que alguns poderiam alegar, de modo apressado, que a promessa perderia sua natureza de direito real, observe que mesmo assim não impediria que o promitente comprador exigisse o cumprimento do contrato.

Parece mais acertada a posição que não tenta diferenciar a sua natureza real, visto que para efeitos práticos sua consequência seria a mesma, neste mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 526) citando Orlando Gomes:

O compromisso de compra e venda decorre de sua irretratabilidade, e não do registro no cartório de imóveis. Levando-o a registro só é necessário para a sua validade contra terceiros, produzindo efeitos, no entanto, sem ele, entre as partes.

Como visto, não há motivo prático em se diferenciar a natureza real da promessa de compra e venda, visto que se pode pleitear o imóvel tendo por fundamento a relação pessoal do contrato ou o registro da promessa de compra e venda em cartório

Entretanto, a pergunta que se faz é: qual o efeito prático de registrar e não registrar o imóvel?

O registro tem o condão de proteger o promitente comprador de que o promitente vendedor possa vender o imóvel a terceiros, neste sentido Marco Aurélio S. Viana (2003, p. 695).

Não se justifica a exigência de registro prévio do contrato senão como forma de tutelar o promitente comprador contra a alienação por parte do promitente vendedor, limitando ou reduzindo o poder de disposição deste, ao mesmo tempo em que arma o adquirente de sequela, admitindo que obtenha a escritura até mesmo contra terceiro, na forma indicada no art. 1.418.

Caso o promitente vendedor registre o imóvel em nome de outra pessoa, mesmo o contrato da promessa de compra e venda tendo sido estabelecido antes, ainda que conste cláusula de irretratabilidade, o terceiro terá propriedade plena sobre o imóvel, cabendo ao promitente comprador alegar somente perdas e danos, a promessa de compra e venda só teria preferência no caso em que houvesse duas promessas de compra não

registradas, mas em que uma delas tivesse sido acordada antes da outra, portanto critério.

Logo, o registro do terceiro no cartório da a ele propriedade plena sobre o imóvel, já a promessa de compra e venda gera uma obrigação pessoal entre as partes, conforme delineado no Resp 27.246-RJ, 4º Turma, relator Ministro Athos Gusmão Carneiro:

A pretensão de adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrita assim aos contraentes, não podendo prejudicar os direitos de terceiros que entrementes hajam adquirido o imóvel e obtido o devido registro, em seu nome, no ofício imobiliário.

A adjudicação compulsória é uma ação que visa justamente reconhecer o direito real advindo da obrigação de caráter pessoal.

Na tutela jurídica da compra e venda não registrada, se tem como primeira opção a hipótese trazida pelo artigo 463 do Código Civil que prevê a possibilidade de que se ajuíze ação de obrigação de fazer:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Interpretando o dispositivo acima, é sim possível que conste cláusula de arrependimento na promessa de compra e venda, caso esta não esteja registrada em cartório: assim menciona Flávio Tartuce, Revista do consumidor (2014, p. 567):

Nota-se, portanto, que no compromisso de compra e venda de imóvel não registrado é possível a estipulação dessa cláusula, que dá às partes um direito potestativo de extinção do contrato.

Novamente Flávio Tartuce, Revista do consumidor (2014, p. 570):

Esclareça-se, por oportuno, a dicção do art. 463, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual “o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente”. A questão é esclarecida pelo Enunciado n. 30 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros”. Em suma, a palavra deve, constante do comando legal em questão, necessita ser interpretada como sendo um pode, o que traduz o entendimento majoritário dos civilistas brasileiros.

Assim, a conclusão que se chega é que é possível que conste cláusula de arrependimento, quando a promessa de compra e venda de imóvel não esteja registrada, tal cláusula se baseia na autonomia da vontade das partes.

Como segunda opção, esgotado o prazo de celebração do contrato definitivo, o juiz poderá suprir a vontade da parte inadimplente, conforme o art. 464 do Código Civil: “Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”.

Ainda há a possibilidade de entrar com a ação de adjudicação compulsória, ela existe quando houver sido pago o preço integral do imóvel e o promitente vendedor se recusasse a entregá-lo, o objetivo da adjudicação compulsória é o reconhecimento à constituição de direito real.

Neste sentido a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça STJ: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Seguindo o mesmo entendimento o Enunciado 95 da I Jornada de Direito Civil: “O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo

Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ)”.

Já quanto ao rito ação de adjudicação compulsória deverá ser proposta ação de conhecimento pelo rito ordinário, Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald (2014, p. 840).

Como terceira opção, existe a possibilidade de se requerer perdas e danos, caso o promitente comprador não esteja mais interessado em que se cumpra a promessa de compra e venda de bem imóvel: “Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”.

Em relação a perdas e danos a jurisprudência tem entendido que o não cumprimento do contrato não acarreta imediatamente o direito a perdas e danos, mas apenas a longa demora, STJ, AgRg no AREsp 364.542/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 10/10/2013.

Por outro lado, caso se deseje registrar a promessa de compra e venda, e o imóvel supere o montante de 30 salários mínimos, este deverá ser obrigatoriamente registrado mediante escritura pública, consoante o artigo 108 do Código Civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Quanto à cessibilidade da promessa de compra e venda, esta pode ser registrada ou não, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, (p. 527, 2015), dispõe: “É um direito que pode ser transferido mediante cessão por instrumento público ou particular. No entanto, para que produza efeitos em relação a terceiros, deve ser levada a registro”.

O registro da promessa de compra na matrícula do imóvel pressupõe necessariamente que não se está mais de ante de um contrato preliminar, mas sim de um contrato definitivo, visto que o registro gera direito real à aquisição do imóvel, essa afirmação é confirmada por diversos dispositivos, artigos. 1.417 e 1.225 VII, do Código Civil e pela legislação antecedente, art. 5º do Decreto-lei 58/1937(Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações) e o art. 25 da Lei 6.766/1979 (Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano):

Art. 5º A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, pág. e data do assentamento.

Art. 25. São irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

2.4 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR CONSTANTE DO CDC

A Abordagem dos princípios de proteção ao consumidor é essencial para análise das abusividades em cláusulas contratuais referente à promessa de compra e venda de bem imóvel.

2.4.1 Vulnerabilidade do Consumidor

A presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta, não depende da condição econômica do consumidor. A vulnerabilidade diz respeito ao direito material, no caso da promessa de compra e venda de imóvel, caso ele compre um lote em determinado empreendimento, o consumidor não teria as informações técnicas de engenharia e topográficas, por exemplo, para afirmar que a obra está com irregularidades.

Já a hipossuficiência diz respeito ao direito processual, esta deve ser analisada no caso concreto, assim pondera Felipe Peixoto Braga Neto, (2014, p.49): "o juiz deverá ponderar a natureza do serviço prestado, o grau de instrução do consumidor, entre outras peculiaridades". Visa equalizar processualmente o consumidor e o fornecedor, visto que este possui, na maioria das vezes, corpo técnico e jurídico com o intuito de desconstituir o direito do consumidor.

Desse modo, o juiz ao reconhecer a inversão do ônus da prova, exige do fornecedor informações que seriam desproporcionais exigir do consumidor, ao exigir por exemplo o quanto foi arrecadado pelo pagamento de todos os consumidores, a evolução da obra e a regularidade da obra frente à municipalidade, está exigindo a quem de direito. Cabe ao promitente vendedor demonstrar se o empreendimento está ou não regular, reconhece, portanto, a incapacidade do consumidor de prestar tais informações ou sua dificuldade de prová-las.

2.4.2 Transparência

O doutrinador Felipe Peixoto Braga Neto, (2014, p.51) assim ensina:

Conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não esconde, atrás do aparente, propósitos pouco louváveis. O CDC, prestigiando a boa-fé, exige transparência dos atores do consumo, impondo às partes o dever de lealdade recíproca, a ser concretizada antes, durante e depois da relação contratual.

Decorrente deste princípio o autor Felipe Peixoto (2014, p. 51/52) cita algumas abusividades constantes na jurisprudência que fazem uso do princípio.

É abusiva a conduta da instituição financeira que deixa em branco, no contrato escrito, a cláusula referente aos juros remuneratórios;

Nas relações de consumo, a obrigação de exibir a documentação comum às partes decorre da imposição do CDC, não se submetendo a exigência de prévio requerimento administrativo;

É do credor, e não do devedor, o ônus da baixa da indicação do nome do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, em virtude do que dispõe o CDC, art. 43, §3º.

Situação que vem ocorrendo por parte de alguns empreendimentos é o lançamento da evolução da obra na internet, com a provável previsão de entrega no atual ritmo, bem como eventuais informações de referente à regularidade da obra, o que cumpre com o acesso facilitado e a transparência que se espera, entretanto, ainda é muito incipiente tal iniciativa, além de não haver legislação que obrigue sua divulgação.

2.4.3 Informação ao Consumidor

O dever de informação assegura ao consumidor o direito à informação clara, correta e relevante para o produto ou serviço prestado.

Um dos princípios mais violados. Permite ao consumidor entender o que está acontecendo no empreendimento, permite sanar eventuais dúvidas que podem aparecer, gera, portanto, a segurança necessária para permanecer no negócio.

O dever de informar quando a obra terá seu prazo prorrogado dentro dos 180 dias e, posteriormente, são consequências lógicas deste princípio.

2.4.4 Princípio da Boa-Fé Objetiva

O Professor Felipe Peixoto define este princípio, (2014, p. 67):

É o dever, imposto a quem quer que tome parte em relação negocial, de agir com lealdade e cooperação, abstenendo-se de condutas que possam

esvaziar as legítimas expectativas da outra parte. Daí decorrem múltiplos deveres anexos, deveres de conduta que impõem às partes, ainda na ausência de previsão legal ou contratual, o dever de agir lealmente.

Diante deste princípio decorrem deveres ao prestador do serviço ou fornecedor do produto, como por exemplo, o dever de cuidado, o dever de informação, o dever de aviso e esclarecimento.

O dever de cooperar e colaborar também deveres anexos deste princípio é assim definido por Felipe Peixoto (2014, p. 68): “evitando práticas que importem abusos ou lesões a direitos ou às legítimas expectativas do consumidor”.

Os deveres anexos do princípio da boa-fé possuem a função de nortear a relação entre o vendedor e o consumidor. Eles balizam a feitura dos contratos, vê-se que muito das abusividades atingem frontalmente tais princípios, daí a necessidade do Poder Judiciário de corrigir tais abusos.

3 EFEITOS JURÍDICOS DAS ARRAS OU SINAL POR INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR OU VENDEDOR

A rescisão ocorre quando o comprador não deseja mais pagar o imóvel, ela pode ocorrer tanto por dificuldades financeiras quando pela faculdade de desistir do negócio.

Ocorre que, com a crise econômica que persiste em nosso país, muitos promitentes compradores tiveram que desistir de lotes ou de seus apartamentos, casas, pois não tiveram condições de arcar com a despesa.

E as construtoras/incorporadoras/loteadoras tiveram que devolver a uma grande quantidade de pessoas uma quantia que não estava prevista, o que levou a um ciclo vicioso, visto que as promitentes vendedoras devolveram o dinheiro que seria usado para a construção, muitas tiveram dificuldade em cumprir o cronograma da obra, o que faz com que mais e

mais consumidores quisessem devolver os empreendimentos, mas agora sobre o fundamento de atraso na construção.

Em relação a arras ou popularmente conhecido como sinal, ela está prevista no código civil entre os artigos 417 e 420. Primeiro é preciso diferenciar arras confirmatórias das arras indenizatórias. As arras confirmatórias são aquelas que visam confirmar o início da execução do contrato, por isso confirmatórias. Caso o contrato seja executado, elas serão descontadas do preço do imóvel, art. 417 do código civil.

Caso o promitente comprador não cumprir com sua parte na execução do contrato, as arras serão retidas pelo vendedor, assim diz o artigo 418 do código civil, primeira parte: "Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as", exemplificando, caso o comprador tenha dados 10 mil reais a título de sinal, ele as perderá em função da desistência do negócio.

Caso tenha sido a construtora, imobiliária, loteadora que não cumpriu sua parte, ela deverá devolvê-la com a devida correção monetária, "mais o equivalente", isso quer dizer o valor do sinal mais o mesmo montante ao comprador, exemplificando: caso o comprador tenha dado 10 mil reais de sinal, o vendedor terá que devolver 20 mil, 10 mil atualizados e mais 10 mil a título confirmatório, segundo o art. 418 do Código Civil, parte final: "se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado". (GONÇALVES, online)

O artigo 419, na primeira parte do Código Civil, estipula parâmetro de indenização a título de perdas e danos: "a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima", no exemplo acima de inexecução do contrato pela construtora, incorporadora, loteadora, ela terá que devolver os 20 mil, e caso o juiz estipule uma indenização, posterior, por perdas e danos, ela não poderá ser menor que os 10 mil reais dados em sinal, o promitente comprador terá restituído pelo menos 30 mil reais. (GONÇALVES, online)

Caso o promitente comprador ainda queira que o contrato seja executado, o valor a título de perdas e danos também será calculado como valor mínimo indenizatório, artigo 419, parte final: "Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização". Neste caso, os 10 mil de sinal seriam abatidos no valor do imóvel, pois o contrato teve continuidade e mais 10 mil seriam dados a título de indenização.

No artigo 420 do código civil é estipulado as arras indenizatórias devido a possibilidade de haver cláusula de arrependimento, assim diz:

Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Resumindo, havendo cláusula de irretratabilidade da promessa de compra e venda, ela será considerada arras confirmatórias, havendo possibilidade de uma indenização suplementar por perdas e danos. Caso haja cláusula de retratibilidade, o valor a título de sinal será indenizatório, não se podendo requerer judicialmente uma indenização por perdas e danos.

4. EFEITOS DA RESILIÇÃO UNILATERAL PELO PROMITENTE COMPRADOR E PELO PROMITENTE VENDEDOR

A chegada da crise e o atraso das obras fez com que muitas pessoas que continuavam pagando o imóvel se sentissem lesadas e também procurassem devolver o imóvel, só que agora motivadas pelo atraso na entrega.

É salutar entender que a Súmula 543 do STJ estipulou tanto quando o consumidor deseja devolver o imóvel pelo desejo de não continuar no negócio, bem como quando há culpa do promitente vendedor, um dos

motivos mais recorrentes o atraso na obra, mas também pode ocorrer por falhas na construção do empreendimento após a entrega do imóvel.

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Nestas duas hipóteses o consumidor pede a rescisão do contrato, além de estipular a devolução imediata dos valores, de forma integral caso a culpa decorra do promitente vendedor ou parcial, caso tenha sido o promitente comprador que tenha desistido do negócio pela faculdade que este possui de não continuar no negócio.

Decorrente da faculdade de pedir a devolução do imóvel por falta de interesse, a desistência do promitente comprador gera a devolução de parte do que foi pago, abatidos os gastos administrativos contratualmente estipulados. Portanto, é nula de pleno direito a cláusula que estipula perda de todas as parcelas pagas, incidindo, portanto, o art. 53 do CDC:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

A jurisprudência do STJ varia de 10% a 25% o valor que o promitente vendedor pode reter para suportar as despesas administrativas do período, variando de acordo com o caso concreto. No caso do consumidor já ter entrado no imóvel o percentual poderá chegar a 25%, no caso em que ainda não entrou, poderá chegar a 15%, assim foi definido

quando do julgado do Resp. 907.856 em que o comprador já havia usado o imóvel por um longo período.

Outra abusividade que pode vir a ocorrer é a cobrança da SATI – Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária, destinada a pagar os advogados da construtora/incorporadora/loteadora por redigir o contrato, esta cláusula é nula de pleno direito, visto que viola o artigo 51, VII da Lei 8.078/90: “determinem a utilização compulsória de arbitragem”, presume-se que contrato está incluído no serviço de atendimento prestado ao consumidor.

Quanto à cobrança de juros, o STJ entende ser válida a cobrança de alíquota para compensar os valores anteriores a entrega da chave. O autor Flávio Tartuce, Revista do Consumidor, (2015, p. 584) critica tal entendimento:

Os juros no pé representam violação não só desse princípio, como também da função social do contrato e da propriedade. Isso porque os citados juros são cobrados antes da entrega da obra, sem que haja um capital principal para a sua incidência. Em reforço, não há inadimplemento por parte do consumidor que justificaria sua cobrança.

Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo, o que coloca o consumidor em extrema desvantagem. Nesse contexto, a cláusula que institui sua cobrança é abusiva, pela expressão do art. 51, inciso IV, da Lei 8.078/1990.

No caso de atraso no pagamento das prestações do imóvel, caberá ao promitente vendedor entrar com ação pedindo a rescisão do contrato, cumulada com o pedido de reintegração de posse, no caso do consumidor tenha emitido nela.

Entretanto, antes de pedir a rescisão do contrato, o promitente vendedor terá que notificar o promitente comprador, assim preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 528):

Terá de constituir em mora o devedor, notificando-o (judicialmente ou pelo Cartório de Registro de Imóveis) para pagar as prestações em atraso no prazo de trinta dias, se se tratar de imóvel loteado (Lei n. 6.766/79, art. 32), ou de quinze dias, se for imóvel não loteado (Dec.-Lei n. 745/69), ainda que no contrato conste cláusula resolutiva expressa. Neste último caso, a notificação prévia ou premonitória poder ser feita judicialmente ou pelo Cartório de Títulos e Documentos.

Ainda que a promessa de compra e venda não esteja registrada não dispensa a prévia notificação, conforme a Súmula 76 do STJ: “A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor”.

Flávio Tartuce, Revista do Consumidor, (2015, p. 579) lembra de modo salutar que: “A necessidade de notificação prévia do compromissário comprador segue a linha do dever de informação, um dos deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva, sendo salutar tal exigência”.

O STJ tem entendimento que o atraso para a entrega do imóvel não pode ultrapassar os 180 dias, qualquer provável atraso deve estar abrangido dentro deste período, por analogia, é o prazo de carência do empreendimento artigo 33 da Lei 4.591/64) e também para que o fornecedor sane vício do produto (artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor), neste sentido o julgado do Resp. 1582318, julgado em 2017, além disso, o Ministro Villas Bôas Cueva pondera que o consumidor deverá ser notificado do atraso:

O incorporador terá que cientificar claramente o consumidor, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do eventual prazo de prorrogação para a entrega da unidade imobiliária, sob pena de haver

publicidade enganosa, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Durante a execução do contrato, igualmente, deverá notificar o adquirente acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação.

O STJ tem limitado o reconhecimento de dano moral “automático” por atraso na entrega do imóvel, citando a Ministra Nancy Andrigui, quando do julgamento do Resp. 1641037:

Dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, com renovadas ansiedades e desejos, e por isso não se pode aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral, explicou Nancy Andrighi.

Contudo, não significa que este não possa ser reconhecido, mas que só em casos excepcionais de longa demora se poderá reconhecer o dano moral.

Quanto aos lucros cessantes, o STJ tem entendido que o atraso da obra, por si já o configura a lesão, devendo ser pago os aluguéis.

Portanto, a alegação de mudanças climáticas, dificuldade de conseguir mão de obra ou atraso de licenças com o poder público não são justificativas plausíveis para se desvencilhar do pagamento de aluguéis, tendo a jurisprudência consolidada neste sentido, novamente trecho do Resp. 1641037:

O não cumprimento do contrato pelo promitente-vendedor, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres, que deixariam de pagar ou que poderia o imóvel ter rendido, se tivesse sido entregue na data

contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontrariam se a unidade imobiliária tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73).

5 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

Este tópico visa analisar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, com referência à promessa de compra e venda de bem imóvel e a incidência do código de defesa do consumidor, com o objetivo de arrematar alguns aspectos abordados neste artigo à luz do entendimento da própria corte.

5.1 NÃO ENTREGA DAS CHAVES AO PROMITENTE COMPRADOR POR FALTA DE PAGAMENTO DE TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006048-89.2016.827.0000 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ENTREGA DAS CHAVES. RETENÇÃO POR INADIMPLEMENTO DA TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA. ENTRADA QUITADA E FINANCIAMENTO FORMALIZADO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OBRIGATORIEDADE DE ENTREGA DA UNIDADE HABITACIONAL PELA CONSTRUTORA. LIMINAR DEFERIDA. MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

Neste caso, o agravado, consumidor, possuía débito de R\$ 7.000,00 mil reais com a construtora, o tribunal entendeu de acordo com a jurisprudência pátria já consolidada que a retenção das chaves, quando o consumidor já fez os pagamentos de grande parte do empreendimento, não se mostra razoável, pois gera um enorme prejuízo ao consumidor.

Pode-se destacar a afronta ao princípio da confiança, pois o consumidor fez a maioria dos pagamentos, e só o fez, pois confiou que o

imóvel seria entregue na data estipulada, não se mostrando razoável, portanto, a construtora lançar mão de impedir o promitente comprador do seu direito de moradia, para obrigá-lo a pagar eventual débito, visto que a construtora poderia lançar mão da execução do contrato posteriormente em relação ao débito, portanto, descabido uso de tal instrumento para pressionar o consumidor.

5.2 RETENÇÃO DO VALOR INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS POR INADIMPLEMTO DO COMPRADOR, CLÁUSULA ABUSIVA

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0004115-81.2016.827.0000.
EMENTA: APELAÇÃO CIVIL, AÇÃO DE RESCISÃO CONTRAUTAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS, COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE LOTE, INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR/APELADO, RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – POSSIBILIDADE, RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR – INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTADOS LIMITADOS A 10% DE TODO O VALOR PAGO PELO COMPRADOR, FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Neste julgado o comprador desistiu da compra de um lote por estar passando por dificuldades financeiras, havia cláusula que estipulava que, caso houvesse desistência do promitente comprador, a totalidade das parcelas pagas seriam retidas.

Este julgado fez menção expressa ao artigo 53 do CDC que proíbe a retenção de todas as parcelas no caso de desistência do comprador, além de citar o artigo 51, IV, do CDC, que conclui pela abusividade do contrato, trazendo enorme prejuízo ao consumidor.

Além disso, determinou a retenção de 10% do valor pela promitente vendedora, dentro, portanto, do percentual balizado neste artigo, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação,

comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador, portanto, dentro dos limites balizados neste artigo.

5.3 CUMULAÇÃO CONTRATUAL DE A TÍTULO DE SINAL DE ARRAS CONFIRMATÓRIAS E ARRAS PENITENCIAIS

RECURSO INOMINADO N.º 0011712-58.2016.827.9100. EMENTA: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESISTÊNCIA PELO COMPRADOR. CUMULAÇÃO DE ARRAS E CLÁUSULA PENAL. VERBAS DA MESMA NATUREZA. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO E DESEMBOLSO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Neste julgado, o juiz entendeu que a natureza do contrato previa a sua irrevogabilidade, o que faz com que o valor pago a título de sinal tem caráter confirmatório do negócio.

Entretanto, havia previsão também no contrato de também de cláusula penal, o juiz entendeu que desfeito o negócio, havendo cláusula penal, o valor pago a título de arras confirmatórias deveria ser devolvido ao promitente comprador, pois um mesmo fato gerador (inadimplemento) não poderia fazer com que incidisse duplo prejuízo, cabendo a este pagar ao promitente vendedor apenas o valor estipulado a título de arras penitenciais.

E como trabalhado neste artigo, a arras penitenciais servem justamente para reger quando desfeito o contrato. Portanto, a incidência de ambas geraria enriquecimento ilícito por parte da promitente compradora, citando o art. 51, IV, § 1º, III, do CDC, quando a vantagem se mostra exagerada em prejuízo do consumidor.

5.4 ATRASO NA EVOLUÇÃO DA OBRA E PREVISÃO DE CLÁUSULA QUE PREVÊ ALTERAÇÃO NO CRONOGRAMA DE ENTREGA CASO NÃO VENDIDA 50% DO EMPREENDIMENTO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003164-53.2017.827.0000.
APELAÇÃO CÍVEL, CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – ATRASO NA ENTREGA, RESCISÃO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR SEM QUALQUER RETENÇÃO, POSSIBILIDADE.

O consumidor pleiteou a rescisão do contrato, alegando que a promitente vendedora não cumpriu com as obrigações assumidas, principalmente aquelas consistentes na realização de benfeitorias e das obras de infraestrutura do loteamento. Por fim, pleiteou a rescisão contratual por culpa exclusiva da empresa ré, a restituição integral dos valores pagos, devidamente atualizados, e a reparação por danos morais.

Verificou-se que o atraso superou o prazo de tolerância de 180 dias previstos no contrato, considerando o juiz a quo que superior a este prazo a promessa de compra e venda se torna abusiva. Determinou a rescisão contratual com a imediata restituição de todo o valor pago pelo promitente comprador, apesar de não mencionada expressamente, o tribunal aplicou a jurisprudência da Súmula 543 do STJ.

Em relação a cláusula que previa a alteração do cronograma de entrega do empreendimento, caso não fosse vendido pelo menos 50% do empreendimento, o tribunal entendeu que a cláusula é nula de pleno direito, pois não permitia que o consumidor tivesse a informação clara de quando o empreendimento ficaria pronto, claramente o princípio da informação ao consumidor, deve anexo ao princípio da boa-fé, estava sendo prejudicada nesta cláusula.

5.4 PREVISÃO DE CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO APENAS PELO PROMITENTE VENDEDOR, CLÁUSULA JULGADA NULA DE PLENO DIREITO

RECURSO CÍVEL n.: 0012154-24.2016.827.9100. RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 3º, CDC). CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. ARRAS OU SINAL. PERDA APENAS QUANDO SE TRATAREM DE ARRAS PENITENCIAIS. STJ. RESCISÃO DO CONTRATO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR. CLÁUSULAS PENAS ABUSIVAS. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO, COM POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PARCELA REFERENTE ÀS DESPESAS ADMINISTRATIVAS.

Neste contrato em específico, dentre os pontos abordados, havia previsão na cláusula 16 que previa ao fornecedor cancelar unilateralmente o contrato sem qualquer ônus, sem que houvesse a mesma previsão ao consumidor, o tribunal entendeu ser nula de pleno direito a cláusula, pois atacava disposição expressa do CDC, art. 51, inciso XI, "São nulas de pleno direito quando: autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor".

Interessante ver que a redação do contrato atacou expressamente o texto legal do CDC, conclui-se, portanto, que muitos dos contratos estipulam cláusulas de adesão que muitas vezes terão que ser anuladas judicialmente, pois o consumidor só nota tal abuso às vezes muito tempo depois de assinado o contrato.

5.5 RETENÇÃO INDEVIDA DE SINAL, CONDENAÇÃO AO DOBRO DO RETIDO

RECURSO INOMINADO n.: 0011717-17.2015.827.9100. CONSUMIDOR. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESILIÇÃO (DISTRATO) POR INICIATIVA DO PROMITENTE COMPRADOR. VALOR DE ENTRADA DADO PARA INTEGRAR O PREÇO FINAL DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL QUANTO À RETENÇÃO INTEGRAL. CÁLCULO DA DEVOLUÇÃO A SER REALIZADO SOBRE AS PARCELAS JÁ QUITADAS.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA, RESPECTIVAMENTE, A PARTIR DA CITAÇÃO E DO EFETIVO DESEMBOLSO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

A promitente vendedora não quis devolver ao consumidor o montante correspondente contratualmente a 87,5% do valor pago pela desistência do negócio. O juiz aplicando o art. 42 do CDC condenou a vendedora ao pagamento dobrado pela retenção.

Vê-se neste tópico uma interpretação mais favorável ao consumidor, visto que o art. 42 do CDC fala que só a cobrança indevida acarretaria a devolução em dobro. Ocorre que o efeito é o mesmo, a constrição do dinheiro do consumidor que agora não pode fazer uso dele pagar outras despesas. O tribunal, acertadamente a meu ver, manteve o entendimento do juiz a quo, pois tal condenação possui caráter punitivo pedagógico de modo a desincentivar a retenção por este ou outro fornecedor.

5.5 PAGAMENTO INDEVIDO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM, FALTA DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR

APELAÇÃO N. 0005325-36.2017.827.0000.
APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR.
COMPRA E VENDA DE LOTES. INTERMEDIÇÃO
IMOBILIÁRIA. COMISSÃO DE CORRETAGEM.
LEGALIDADE DA COBRANÇA. ENTENDIMENTO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE
RECURSO REPETITIVO. DEVER DE INFORMAÇÃO
IMPOSTO DO FORNECEDOR.

O consumidor, após assinar promessa de compra e venda de imóvel, moveu ação para ser restituído de R\$ 2.576,94, alega que foi cobrado indevidamente, pois o valor foi destinado ao pagamento da comissão de corretagem a qual não era sua obrigação de arcar.

O recurso menciona o recurso especial repetitivo do Superior Tribunal de Justiça o qual entendeu, em síntese, ser possível a cobrança de comissão de corretagem pelo promitente comprador, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Verifica-se novamente neste julgado que o dever de informação não foi observado pela imobiliária, pois não destacou ao consumidor o valor correspondente à corretagem e o valor da unidade sem a corretagem, o consumidor só se deu conta que tal valor foi pago a título de corretagem após a assinatura do contrato. Portanto, acertadamente o tribunal negou o recurso e manteve a condenação da devolução em dobro do valor de R\$ 2.576,94 ao Promitente comprador.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia deste artigo nasceu do cenário que se consolidou com a crise econômica, a partir de 2011, aumento do desemprego, e, como consequência disso, aumento das devoluções dos imóveis. Só que não houve, a meu ver, uma visualização muito clara do prolongamento da crise e nem suas consequências para o setor imobiliário.

Pontuou-se desde o início a ideia de assunção de compromisso entre promitente comprador e vendedor, a ideia de vínculo, de responsabilidade que um e outro assumiram ao se pactuar a promessa de compra e venda de imóvel. Muito mais do que diferenciações de nomenclaturas a ideia é o cerne de toda discussão jurídica a respeito do instituto.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor trouxe aos consumidores proteção jurídica, já que trouxe todo o arcabouço de proteção, a vulnerabilidade do consumidor, as questões de hipossuficiência, inversão do ônus da prova, a prévia notificação do consumidor, e o conjunto de princípios que muito das vezes já são suficientes para se julgar toda uma causa judicial, haja vista os exemplos retirados do Tribunal de Justiça do Tocantins, em que se demonstra a incidência de um princípio frente uma situação concreta de desamparo do consumidor.

Percebe-se que a jurisprudência e a doutrina se consolidaram no sentido de proteger o consumidor, dando o devido arcabouço teórico para ao instituto. O que passa desde a estipulação de conceitos e características que o envolvem, até a análise da validade da promessa estipulada, verifica a proteção pré-contratual, a feitura do contrato sobre o prisma da informação e clareza sobre o que foi estipulado, questões envolvendo a corretagem, o sinal, a multa, a possibilidade de pleitear dano moral, o percentual da devolução no caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor e no caso de culpa do comprador, as questões envolvendo o registro ou não da promessa de compra e venda e suas consequências jurídicas, a possibilidade de estipulação de cláusula de retratabilidade da promessa ou não.

Desse modo, entender a promessa de compra e venda de bem imóvel e todas as consequências jurídicas é salutar, visto que a construção civil representa um importante setor da economia, emprega um contingente grande de pessoas, movimenta uma grande quantidade de recursos e valores, por tudo isso, se mostra tão importante, a fim de trazer segurança jurídica para as partes, permitindo a facilitação dos negócios e movimentação da economia.

7. REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual do Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ, Salvador. Juspodivm, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (3ª Vara Cível de Palmas/TO). AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0006048-89.2016.827.0000. Agravante: M&V Construções e Incorporações. Agravado: Bayard de Oliveira. Relatora: Desembargadora Ângela Prudente. Palmas, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=530a7a5eef56de860b330c2ebf7061a6&options=%23page%3D1>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (3ª Turma da 1ª Câmara Cível). APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0004115-81.2016.827.0000. Apelante: Guidi, Pozzebon Empreendimentos Ltda. Apelado: Roberto das Dores

Carneiro. Relatora: Desembargadora Jacqueline Adorno. Palmas 06 de julho de 2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=07905d736d4d35735cb584966bb6d514&options=%23page%3D1>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). RECURSO INOMINADO Nº. 0011712-58.2016.827.9100. Recorrente: Loteamento Lago Sul Ltda. RECORRIDO: Edson Ferreira Peixoto. Relator: Juiz Rubem Ribeiro de Carvalho. Palmas, 16/05/2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=81a4c6557100af7d5d31f29597b740db&options=%23page%3D1>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (1ª Câmara Cível). APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003164-53.2017.827. Apelante: Parque das Palmeiras Empreendimentos Imobiliários Ltda. Apelado: Alzir Pereira de Alencar. Relatora: Juíza Célia Regina Regis. Palmas, 31/05/2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=78ead229b5497082be5c6fd94d57b56a&options=%23page%3D1>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (2ª Câmara Cível). APELAÇÃO No 0005325-36.2017.827.0000. Apelante: A4 Empreendimentos Imobiliários Ltda. Apelado: Thyago Gomes Mouta. Relator: Desembargador Marco Villas Boas. Palmas, 31/05/2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=6c42c221e0fcd23fb7928f3fd5e936f7&options=%23page%3D1>

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 5. Salvador : Juspodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas, V.5, 10. Edição, São Paulo, Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Mariana. Arras ou Sinal: Nos Contratos de Compra e Venda de Imóveis. Disponível em: <http://marianagoncalves.com.br/arras-ou-sinal>. Acesso em: 07/06/2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A disciplina do contrato preliminar no novo código civil brasileiro. In: Questões controvertidas no novo código civil. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2004, vol. II.

S. VIANA, Marco Aurélio. Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira, (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 695 v. XVI.

TARTUCE, Flávio, Revista Jurídica Luso-Brasileira Ano 1 (2015), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0557_0592.pdf. Acesso em: 07/06/2018.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutora em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; prof.karinemota@fasec.edu.br.

O PREGÃO INTEGRADO À CULTURA ADMINISTRATIVA DO ESTADO E A REVISÃO DOS PARADIGMAS GOVERNAMENTAIS

RAPHAEL MAYCON NEVES MARQUES GOMES:

Bacharelando do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo

FÁBIO BARBOSA CHAVES^[1]

(Orientador)

RESUMO: A modalidade licitatória definida como pregão possui campo de utilização específico na administração pública, nos termos da legislação aplicada, mas vem sendo utilizado de forma a integrar o cotidiano das gestões públicas nos mais diversos espaços administrativos. A dinamicidade agregada a um cenário tradicionalmente marcado por entraves burocráticos é aceita pela sociedade como avanço, afastando os prejuízos causados pela demora e descrédito nos processos administrativos para aquisição de bens e serviços. No presente trabalho abordaremos pontos-chaves do tema, aludindo pontos de destaque acerca do Pregão em suas modalidades, visando apontar sua integração e indispensabilidade para a administração pública. É de suma importância compreender o paradigma criado pela modalidade de aquisições públicas que foi e continua sendo o pregão, vez que possui por objetivo a obtenção de proposta mais vantajosa para o gestor público e a administração governamental.

PALAVRAS CHAVES: Licitação. Pregão. Contratos. Cultura Administrativa. Gestão Pública.

RESUMEN: La modalidad licitatoria definida como pregón posee campo de utilización específico en la administración pública, en los términos de la legislación aplicada, pero viene siendo utilizado de forma a integrar el cotidiano de las gestiones públicas en los más diversos espacios administrativos. La dinámica agregada a un escenario tradicionalmente marcado por obstáculos burocráticos es aceptada por la sociedad como avance, alejando los perjuicios causados por la demora y descrédito en los procesos administrativos para adquisición de bienes y servicios. En el presente trabajo abordaremos puntos claves del tema "Licitación y

Contratos", aludiendo puntos de destaque acerca del Pregón en sus modalidades, con el objetivo de apuntar su integración e indispensable para la administración pública. Es de suma importancia comprender el paradigma creado por la modalidad de adquisiciones públicas que fue y sigue siendo la sesión, ya que tiene por objetivo la obtención de una propuesta más ventajosa para el gestor público y la administración gubernamental.

PALABRAS CLAVES: *Licitación. Comercio. Contratos. Cultura Administrativa. Gestión pública.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3 ASPECTOS HISTÓRICOS DAS LICITAÇÕES NO BRASIL. 4 O PREGÃO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA. 5 MODALIDADES PRESENCIAL E ELETRÔNICA. 6 A LEI COMPLEMENTAR 123/2006 AGREGADA À GESTÃO LICITATÓRIA. 7 O PREGÃO E A CULTURA ADMINISTRATIVA. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A temática ora proposta possibilita análise acerca de prática administrativa voltadas à gestão dos recursos públicos destinados à aquisição de produtos e serviços. A forma elencada para contratação, nos termos previstos na legislação aplicável, representa não só um elemento vinculado, mas condiciona a produção de efeitos jurídicos e econômicos.

A partir desta constatação, a modalidade licitatória definida como Pregão oferece à administração pública mecanismo para obtenção de legitimidade e economicidade. Sendo assim, torna-se relevante esta abordagem, sobretudo quando incide sobre o procedimento e os mecanismos para inserção na prática administrativa, independente da estrutura do respectivo ente.

É de suma importância compreender a revolução causada pela modalidade de aquisições públicas que foi, e continua sendo o pregão, vez que, este tem por objetivo a obtenção de proposta mais vantajosa.

Apenas no ano de 2017 ao trabalhar a modalidade na sua forma eletrônica, e no âmbito federal, pôde ser depreendido um número de procedimentos de aquisições com números na casa de vinte mil procedimentos concluídos e valores na casa de 18 milhões de reais conforme dados disponibilizados no Portal de Compras do Ministério do Planejamento.

O contexto econômico/administrativo analisado, bem como a modalidade licitatória procedimental apresentada para o Pregão, oferece resposta frente ao flagrante crescimento de tal prática.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No ano de 1988 a Assembleia Constituinte teve a preocupação de dedicar parte da mesma com informações pertinentes a administração pública, quais sejam, os princípios que a norteiam, o capítulo IV em seu artigo 37 da Carta Magna trata de elencar os seguintes princípios: "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." (BRASIL, 1988)

Desta feita, elencados os referidos princípios resta conceitua-los, para tal, nas palavras de Coelho (2009, p. 52): "legalidade é o que estabelece a supremacia da lei escrita, condição sem a qual não poderia existir o Estado Democrático de Direito. O objetivo principal desse princípio é evitar o arbítrio dos governantes.", entretantes, legalidade é usar do que a lei em sua plenitude não se deixando que qualquer ato administrativo do gestor seja eivado de ilegalidade ou mesmo aceitabilidade.

Seguindo a padrão estatuído pela Constituição o principio da impessoalidades descreve que o ato do administrador não pode ser maculado por seu individualismo, mas sim sempre presando pela coletividade, contribuindo para tal raciocínio, nas palavras de MELLO (2004, p.68): "No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações,

benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis”.

Os atos praticados pelo gestor público além de estarem carregados de legalidade e impessoalidade devem de modo categórico atender ao princípio da moralidade que traduz atos que são praticados de maneira moral e honesta, a inobservância do referido princípio denota conduta prejudicial ao erário, colaborando para tal apontamento, diz Rigolin e Bottino (2002, pg. 112) que todo ato da administração deve ser moral ou honesto, sendo que desprezar tal princípio induz a prejudicar o erário ou prejudicar a atuação final da administração pública.

Quanto ao princípio da publicidade nas palavras do autor de José Afonso da Silva encontra-se uma definição feita de maneira clara, qual seja: “A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”. Podemos inferir que o princípio da publicidade busca de forma categórica a divulgação dos atos praticados pela administração pública em mídias oficiais.

Ademais, cabe informar sobre o princípio da eficiência, onde este denota por sua vez que o uso das verbas públicas deve ser feito presando seu bom uso e economicidade, primando pelo gasto ordenado evitando dano ao erário.

Diante disto, resta claro que o gestor em sua administração tem por responsabilidade intrasferível zelar por estes princípios elencados pela Constituição Federal, sendo estes trazidos de maneira explícita, existindo ainda outros implícitos no texto constitucional, sabendo o leitor da prevalência dos tais nas tomadas de decisão praticadas pelo administrador, resta informar seu uso nas compras avançadas pela administração.

Ao falar de licitação se faz necessário ter em mente o meio pelo qual o ente público adquire bens ou serviços, para conceituação deste termo, vejamos as palavras de Sayagues Laso:

Licitação pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação da pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas, após um convite a eventuais interessados para que formulem propostas, as quais serão submetidas a uma seleção(1978. p. 9).

Frente a estas informações temos que licitação é o procedimento pelo qual a administração pública independente da esfera em que se encontre, fazendo uso da publicidade buscará pessoas físicas ou jurídicas para prestação de serviços ou aquisição de bens, os quais respeitaram critérios pré-definidos pelo gestor, valendo-se do atendimento a coletividade.

Hely Lopes Meirelles impõe os seguintes princípios vinculados as licitações e contratos:

[...] estes princípios resumem-se nos seguintes preceitos: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e proibidade administrativa (1998, p. 238).

O procedimento das compras governamentais requer certo rigor, sendo imprescindíveis, sendo que inexistência ou erro em alguma das fases macula procedimento. Desta feita o gestor público deverá seguir em primeiro lugar o procedimento formal, ou seja, aquele pré-definido em lei, regulamento, instrução normativa e ao edital.

Seguindo nas fases da licitação temos a publicidade dos atos praticados, que nada mais que a transparência na formulação do processo de compras, englobando todo ato praticado quer seja internamente – preparação do edital – ou externamente – disponibilização do mesmo ao público interessado – perpassando pela abertura das propostas em sessão pública, verificação de documentos ou certidões, pareceres ou decisões que se façam necessárias.

Uma vez proposta licitação para aquisição de bens ou serviços a administração pública deve promover a isonomia entre os licitantes, permitindo assim paridade de disputa, isonomia esta que é promovida desde a formulação do edital com critérios objetivos de julgamento até o término da sessão pública onde permitisse que todos tenham direito a recorrer das decisões ou pareceres proferidos acerca do objeto em pleito.

As propostas serão guardadas em sigilo até o momento de sua referida abertura em sessão pública, independente da forma de seu envio, quer seja documental – física – ou eletrônica por meios dos portais de compras eletrônicas, quanto a vinculação ao edital ou instrumento convocatório, entende-se pelo enleir dos atos praticados no certame ao instrumento que o tornou público, quais seja seu edital ou similar.

Os atos praticados devem estar possuídos de probidade, ou seja, honestidade e moralidade permitindo sempre o benefício ao ente e a coletividade, seguindo neste viés temos a adjudicação compulsória que está ligado ao julgamento da proposta por meio de critérios objetivos elencados no edital e instrumentos normativos, onde uma vez que o objeto tenha um vencedor este não poderá passar a outro proponente.

Uma vez traçados os princípios que regem as compras governamentais e elucidadas suas peculiaridades, passemos a elencar a evolução histórica das licitações na República Federativa do Brasil.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DAS LICITAÇÕES NO BRASIL

Compreender o caminhar evolutivo das licitações no país se faz necessário vez que as compras governamentais mostram um caminhar econômico e social, falar desta temática nos remota à aproximados 155 anos quando em 1.862 estabeleceu-se o Decreto 2.926/1.862 a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras, onde este já trazia em seu texto detalhes das formas de contratação, multas e modos de resolução de conflitos.

Anos após em 1.922 decretou-se a Lei nº 4.526, onde estabeleceu-se o procedimento licitatório da concorrência para o âmbito federal, facilitando assim as aquisições e ainda as hipóteses onde está seria dispensada.

Ao passo que passaram-se aproximados 45 anos até o surgimento do Decreto-lei nº 200/1.967 que sistematizou os processos de compras nos órgãos federais e instituiu a tomada de preços e o convite como novos procedimentos de compras, ao passo que vistas as benesses, no ano seguinte estendeu-se aos Estados e Municípios da federação por meio da lei nº 5.456.

Em duas décadas não existiram grandes inovações para as compras públicas até que em 1.986 criou-se o “Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos” à saber Decreto-lei 2.300/1.986, ampliando o rol de procedimentos e estipulando limites para cada um, todos estes elencados em seu artigo 20, onde podemos ver as novas modalidades, concurso e leilão.

Nos anos que se seguiram poucas alterações foram feitas ao texto da Lei 2.300, ao passo que no ano de 1988 com promulgação da Constituição trouxe sistematização por meio do artigo 37 e seus incisos, onde este por sua vez teve sua totalidade utilizada por meio da Lei 8666/1993, no ano de 2002 vemos surgir um nova modalidade de aquisições intitulada “Pregão” por intermédio da Lei 10.520/2002 e regulamentações pelos decretos 5.450/2005 e 5.504/2005.

4 o PREGÃO como modalidade licitatória

É de suma importância compreender a revolução causada pela modalidade de aquisições públicas que foi e continua sendo o pregão, vez que, este tem por máxima a obtenção de proposta mais vantajosa para o gestor público e a administração como um todo.

Conforme dados do Portal de Compras do Ministério do Planejamento, tratando-se apenas desta modalidade na sua forma eletrônica, temos um número de procedimentos de aquisições com números na casa de 20 mil procedimentos encerrados, isto apenas para a União, não computando

assim aquisições Estaduais, Municipais e Empresas Públicas que adotam este mecanismo, perfazendo um valor global de R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões) como indica a estatística aferida anualmente.

O pregão desde sua criação tornou-se uma ferramenta revolucionária, pois, ocorre de maneira simplificada frente às demais modalidades de compra, como por exemplo: a Concorrência, Tomada de Preços, Convite e Leilão.

É oportuno indicar um dos grandes benefícios do uso do pregão comparando-o as modalidades disponíveis está em abrir-se primeiro das propostas para posterior verificação da habilitação, situação que não ocorre nos outros mecanismos de compras, como informado pelo seguimentos das fases do pregão aduzido por Scarpinella, entretantes, notou-se que a produção documental restou invariavelmente menor, oportunizando ao gestor público consumir maior tempo na busca de maior concorrência entre os proponentes, podendo afirmar que está foi um grande diferencial apresentado pelo pregão e seus desdobramentos.

O pregão apareceu como forma de aquisição de bens e serviço em decorrência da publicação da Lei Complementar 8.666/1993. A Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei 9.042/1997 trouxe a tona o pregão como meio de compras para a autarquia criada por ela, qual seja a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, sendo está integrante da Administração Pública Federal indireta, sob o regime de autarquia.

A Lei Geral de Telecomunicações constitui um novo mecanismo de aquisições para ANATEL, sendo sua aplicação restrita a autarquia.

No ano de 2000 após o êxito logrado pela ANATEL a Administração Federal decidiu por expandir o uso do Pregão para toda a administração pública por meio da medida provisória nº 2.026/2000, tendo uma reedição transcrita pelo Decreto 3.555/2000 até que em 2002 publicou-se a 10.520 que sistematizou as limitações e usos do pregão para a administração como um todo.

Deve-se informar que o pregão possui duas fases distintas, quais sejam, interna ou preparatória e externa, uma onde é feita o levantamento da demanda de aquisição e preparo do instrumento convocatório bem como cumprimento de formalidades, e uma segundo

onde temos a realização da sessão pública conduzida pelo pregoeiro e sua comissão de apoio.

Na fase preparatória temos a elaboração da demanda, ou seja, a definição do objeto da licitação nos termos da Lei 10.520/2002 tem em seu artigo 3º e relação das formalidades que devem ser atendidas, quais sejam:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. (BRASIL, 2002)

Para que o pregão logre êxito é necessário que as etapas sejam cumpridas rigorosamente, sendo uma das mais importantes à publicação do mesmo em diário oficial e/ou jornal de grande circulação, dando assim início a fase externa do procedimento, permitindo que o máximo de proponentes tenha acesso ao mesmo, permitindo que estes impugnem o edital, ou seja, contestar as informações pronunciadas no

mesmo. Quanto a fase externa do pregão temos nas palavras de Scarpinella a esquematização das fases a serem observadas no certame quais sejam:

(1) Fase inicial – momento em que é feita a verificação acerca da admissibilidade das propostas para a fase subsequente do julgamento. Envolve a comprovação de poderes pelo licitante para a prática dos atos inerentes ao certame e a entrega de declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação.

(2) Fase de julgamento – é a principal fase do pregão, pois é nela que se faz a escolha da melhor proposta. Sua dinâmica envolve uma sequência complexa de atos, determinada pela inversão das fases de habilitação e julgamento. Nela estão incluídas (a) análise da conformidade das propostas aos requisitos do edital; (b) apresentação de amostras no pregão; (c) regra dos 10%, determinante dos licitantes que participarão da fase de lances; (d) dinâmica da etapa de lances, propriamente dita; (e) aferição da aceitabilidade da proposta vencedora; (f) análise quanto à exequibilidade do valor ofertado; e (g) eventual negociação com o licitante vencedor.

(3) Fase de habilitação – momento para análise das condições pessoais necessárias para a celebração do contrato. Anote-se que no pregão esta fase é subsequente à de julgamento e envolve a verificação da documentação de habilitação apenas do licitante vencedor.

(4) Fase de recursos – caracteriza-se pela sua concentração ao final da sessão pública do pregão. Apenas após a declaração do vencedor é que se inicia o momento processual para a apresentação de recursos contra quaisquer atos praticados ao longo da sessão.

(5) Fase de adjudicação – momento processual que antecede a homologação do certame, dando por encerrado o trabalho de escolha do licitante com aptidão para a contratação.

(6) Fase de homologação – é a última etapa do procedimento do pregão: envolve a análise de todo o ocorrido pela autoridade superior, e depois dela segue-se a assinatura do contrato (2002, p.110).

Obedecidas estas etapas temos o pleno cumprimento e eficácia da aquisição dos bens ou serviços por meio do pregão, produzindo assim atos legalmente fundamentados.

5 MODALIDADES PRESENCIAL E ELETRÔNICO

O pregão possui duas formas de ser utilizados, ou como a legislação indica duas modalidades, quais sejam, presencial e eletrônica onde a grande distinção entre as duas está nos meios utilizados para disputa, onde, em uma teremos a presença física dos licitantes e em outra estes últimos farão uso dos meios de tecnologia empregados por meio da internet, em sessões *on line*, ou seja, virtuais, utilizando portais de compras públicas dos mais distintos.

As fases do pregão estão transcritas na Lei 10.520/2002 onde temos em seu artigo 4º e os incisos que o compõem a sequência das formalidades, no que concerne a sessão pública, no dia e hora marcado serão apresentados os documentos relativos ao credenciamento do procurador, posteriormente o envelope de proposta, fase de lances verbais no caso do pregão presencial, e digitais no caso do pregão eletrônico, ao final da referida fase será feita a análise da documentação de habilitação do licitante declarado vencedor, tanto pelo pregoeiro e equipe como pelos demais licitantes, declarado habilitado os demais licitantes poderão motivadamente interpor recursos contra a decisão do pregoeiro sendo assegurando o direito de ampla defesa.

Contemporaneamente os portais de maior vulto no mercado de compras públicas são os seguintes: Compras Net, portal do governo federal gerido pelo Ministério do Planejamento; Comprasnet.GO, portal de compras do governo do estado de Goiás; Licitações-e; regido pelo Banco do Brasil; Bionexo/Publinexo, que é uma empresa de tecnologia que desenvolve meios digitais para compras de produtos de saúde para entes governamentais e não governamentais. Cabe salientar que existem além destes diversos outros portais geridos por outros órgãos distintos dos aqui informados.

Destarte o supramencionado, o grande diferencial entre as modalidades do pregão, encontra-se o momento de apresentação dos documentos, onde no pregão presencial toda documentação é produzida no ato da sessão, uma vez que entregue ao pregoeiro o credenciamento e os envelopes de proposta e documentação, já no pregão eletrônico temos que o credenciamento e cadastro da proposta devem ser feitos com antecedência a sessão pública, no que tange o credenciamento o licitante deverá obedecer os critérios do órgão responsável pelo sistema, bem como fazer o cadastramento prévio da proposta.

A documentação em originais ou cópias autenticadas serão enviados ao órgão requisitante apenas após o termino da sessão eletrônica nos caso em que não for possível a verificação da veracidade dos documentos portados na internet, o envio posterior está condicionado a requisição do pregoeiro ou nos casos em que o instrumento convocatório o requer.

6 A LEI COMPLEMENTAR 123/2006 AGREGADA À GESTÃO LICITATÓRIA

A Lei Complementar 123/2006 foi publicado afim de estabelecer normas gerais no que concerne o tratamento diferenciado das microempresa e empresas de pequeno porte.

Lima (2008, pg 15) afirma que:

A Lei Complementar 123/06 veio, exatamente, para regulamentar o "tratamento diferenciado" às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto como princípio no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, bem como dar efetividade ao outro comando, inserido no artigo 179 da mesma carta magna, de "tratamento diferenciado" às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Portanto, trata-se de uma lei inteiramente originada com respaldo constitucional e que vem concretizar políticas públicas inseridas pelo Constituinte originário em forma de normas abertas.

Na redação da Lei Complementar 123/2006 esta trata de apresentar ainda meio de aferir se uma empresa se enquadra como micro ou pequeno porte, tal compreensão é dada através do faturamento anual de cada empresa, deste modo empresas que possuem um faixa de faturamento serão tratadas com microempresas e aquelas que ultrapassarem o valor limite recebem o tratamento de empresas de pequeno porte, os valores para as tais são de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) para e ME's e de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) à R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões, e oitocentos mil reais) para as EPP's.

No rol de capítulos da referida lei temos no quinto a parte que compete ao tratamento que será dado as microempresa e empresa de pequeno porte no âmbito das compras públicas.

Cabe salientar que existe momento oportuno para que seja feita a comprovação do enquadramento, nos pregões presenciais o licitante deverá apresentar declaração que se enquadra nos termos da lei 123/06, bem como certidão simplificada expedida pela junta comercial do estado da licitante informando que a mesma possui o status de ME ou EPP, uma vez não apresentados os documentos mencionados a empresa não é inabilitada mas perderá os benefícios que se importam.

As empresas enquadradas dentro da Lei Complementar 123/2006 possuem tratamento diferenciado quanto a regularidade fiscal, todas estas ao estarem como certidões fora do prazo de validade terão direito a 5 (cinco) dias prorrogáveis nos termos do artigo 43 da mesma lei para que seja feita sua regularização e apresentação junto a comissão de licitação.

Outra forma de tratamento esta relacionada ao critério de desempate entre empresas comuns, ou seja, empresas com faturamento superior aos limites impostos pela lei 123/2006, as ME e EPP. gozam de preferencia para contratação, este desempate não será feito de forma automática mas será assegurando ao enquadrado o direito de ofertar proposta menor sendo assim declarado vencedor.

Existe ainda preferencia de subcontratação as microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, nas contratações em que se permita tal advento a lei trouxe a faculdade do gestor em obrigar a licitante

vencedora a contratar as empresas enquadradas nos termos da 123/06, visando o desenvolvimento econômico e social.

Nas aquisições de bens ou serviços cujo valor não seja superior à R\$ 80.000,00 na modalidade pregão o mesmo poderá receber a limitação de participação, desta feita apenas os casos previstos na Lei Complementar poderão participar, são os ditos pregões com participação exclusiva para microempresas ou empresas de pequeno porte.

Tratando-se de grandes contratações a administração pública no edital de convocação deverá estipular cota de 25% destinada exclusivamente a micro e pequenas empresas, sabendo que o precedente para tal benefício se evidenciara sempre que os bens licitados forem de natureza divisível, importa dizer que não se trata de uma faculdade ao gestor mas sim uma obrigatoriedade imposta pelo legislador.

Transcreve ainda o legislador momentos em que os benefícios não poderão ser observados, tais imposições encontram-se no artigo 49 da lei complementar em comento, impõem-se ao gestor, bem como comissão de licitação, uma vez que atender os mesmos possam ferir a competitividade ao certame, tornando assim lesiva a contratação à Administração Pública.

Tais inovações tem como finalidade o desenvolvimento econômico do país ao tratar as empresas como menor lastro econômico de maneira diferenciada, este tratamento nas palavras de Lima (2008, pg 19) "objetiva a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica".

7 O PREGÃO E A CULTURA ADMINISTRATIVA

Sobre a mão do administrador público encontra-se grande tarefa, atender ao social mas gerir a máquina pública com moralidade, entender o tamanho do poder aquisitivo que está sobre as mãos deste último se faz necessário para compreensão da celeuma de dificuldades que se farão presentes em seu dia-a-dia.

A administração como um todo deve atentar à grande variedade de critérios para aquisição de bens e serviços, no entanto, resta invariável dizer que o pregão tem sido um grande facilitador para o gestor, uma vez que torna mais prático e célere os atos que são necessários para seu pleno cumprimento, oportunizando ao gestor gastar tempo com tarefas mais importantes, ou seja, que irão produzir maior favorecimento ao coletivo.

O pregão enquanto ferramenta de compras está intrinsecamente ligado a cultura de compras, com dados do Painel de Compras Governamentais, que cuida de observar as compras no âmbito federal, resta claro que o pregão se tornou a modalidade de maior uso, nos anos de 2015 a 2018 foram efetivados 33.584 (trinta e três mil quinhentos e oitenta e quatro) procedimentos valendo-se do pregão presencial e eletrônico.

Dizer que o pregão após sua criação não quebrou os paradigmas governamentais seria um erro, uma vez que o volume de procedimento efetivados é altíssimo, e um valor na casa dos 21 milhões de reais, não levando desta forma em consideração os pregões realizados nos âmbitos estadual e municipal, o pregão desta forma tornou-se o divisor de águas para as aquisições públicas pois apesar de ter requisitos a serem cumpridos rigorosamente promove liberdade para eleição de objetos de compras, quer sejam materiais ou serviços.

As inovações tecnológicas também tiveram grande relevância para que o pregão fosse utilizado de maneira tão vasta, no ano de 2017 o Painel de Compras Governamentais registrou que 91,49% dos pregões realizados ocorreram em sua forma eletrônica, rompendo assim alguns paradigmas mas também produzindo novos.

Valer-se do pregão eletrônico importa a participação de empresas de todas as localidades do país, o pregão além de produzir maior competitividade, permitido aos órgãos aquisição de produtos com valores menores, criou uma lacuna entre as grandes empresas e as micro e pequenas empresas, mesmo com o advento dos benefícios produzidos pela lei 123/06, as grandes empresas possuem maior lastro aquisitivo e desta forma podem praticar valores menores, e em algumas situações são fornecedores das menores, desta feita agora existe para administração um

novo paradigma a ser vencido, qual seja, promover equidade entre os licitantes.

O que não deixa dúvidas no cenário atual é que o pregão esta enraizado na cultura administrava de compras, no entanto, deve sempre o gestor ter bom senso e coerência em seu uso evitando o seu mal uso para que encontre equilíbrio entre as empresas e promova o desenvolvimento sustentável.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pregão após sua concepção tornou-se a maior forma de comprar produtos e contratar serviços vinculada ao governo quer seja no âmbito federal ou municipal, todos fazem uso do pregão, quer seja por este não possuir um valor limite para aquisição ou por este promover maior competitividade, produzindo assim menores valores para o gestor.

Como toda modalidade de compra o pregão possui benefícios e desvantagens, ocorre que os benefícios suplantam as debilidades, a quebra de paradigmas para compra governamentais, no presente o momento o pregão é a modalidade a ser batida em termos uso, pois invariavelmente é a que mais se usa.

As inovações vividas pela cultura aquisitiva permeiam tão somente o pregão, pois até o momento foi a única modalidade que evolui conjuntamente com a tecnologia, uma vez que se desmembrou em duas vertentes, presencial e eletrônica, onde esta ultima propiciou a participação de empresas sediadas em todos os cantos do país.

O pregão traz rigor ao principio da publicidade uma vez que todos os seus passos devem mover-se em transparência, cabendo ao cidadão a faculdade de verificar e legalidade dos atos praticados, bastando para tal acesso a internet.

A administração pública ganha ao usar o pregão com modalidade de compras pois este atende a princípios básicos da administração, quais sejam, economicidade e competitividade, onde pela fase de lances é

oportunizado o desconto nos preços dos produtos sem perda da qualidade dos mesmos.

Para que os benefícios do pregão sejam alcançados de maneira máxima é preciso que os profissionais envolvidos sejam dotados de conhecimento e que cumpram a rigor os princípios norteados do direito administrativo, cabendo aos tais cuidado tanto definição do objeto quanto na preparação do instrumento convocatório e por fim a homologação e posterior assinatura do contrato.

Ante o exposto, resta claro que o gestor tem em mãos uma ferramenta fundamental para que as atividades administrativas sejam supridas de modo eficiente e econômico, tendo no pregão, sempre que aplicável, os meios necessários a aquisição dos bens e serviços comuns a governo, uma vez que os benefícios produzidos são inegáveis, perfazendo assim economia aos cofres públicos.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 07 de jun. 2017.

_____. **Painel de Compras Públicas**. Disponível em:
<<http://paineldecompras.planejamento.gov.br/>> Acesso em: 07 de jun. 2018.

BRAZ, Petrônio. **Processo de licitação: contrato administrativo e sanções penais**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed . Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Jonas. **Lei complementar 123/2006: Aplicações**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.

IGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações: Lei 8.666/1993**. São Paulo:Saraiva, 2002.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAYAGUES LASO, Enrique. **La Licitación pública**. 4ª. ed. atual. por Daniel H. Martins. Montevideo, Acali Ed., 1978

[1] Fábio Barbosa Chaves – Graduado em Direito pela Unievangélica. Especialista em Direito Processual pela Unama. Especialista em Gestão Pública pela Unitins. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUCGoias. Doutor em Direito pela PUCMinas.

A LEGALIDADE DA SUBMISSÃO DOS LOJISTAS À FISCALIZAÇÃO DOS EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTERS

DAIANY DE OLIVEIRA SEVERINO RODARTE:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo

MURILO BRAZ VIEIRA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho aborda como tema central a legalidade da cláusula dos contratos de aluguel dos shopping centers quanto à fiscalização no faturamento dos lojistas locatários por parte dos empreendedores locadores. Os contratos realizados para a locação de salas comerciais nos shopping centers são regulamentados de fato pela Lei do Inquilinato, entretanto considerando o postulado em seu artigo 54, é previsto nessa modalidade contratual a prevalência do princípio da autonomia da vontade, sendo possível, portanto o estabelecimento de cláusulas com peculiaridades específicas, mesmo que tais peculiaridades não estejam previstas no ordenamento jurídico. Tendo em vista a autonomia da vontade, é de praxe que as partes pactuem, dentre outras, cláusulas referentes ao aluguel percentual, ao aluguel mínimo, e à possibilidade de o empreendedor fiscalizar as contas e o faturamento dos lojistas, cláusula esta que está diretamente ligada as duas primeiras, e é motivo de polêmica resultando em debates quanto à possibilidade jurídica de tal prática.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Aluguel; Shopping Center; Fiscalização; Legalidade

ABSTRACT : The present work addresses as central theme the legality of the clause of the lease contracts of the shopping centers regarding the inspection of tenant tenants' billing by the lessor entrepreneurs. The contracts made for the renting of commercial rooms in shopping malls are effectively regulated by the Law of Tenancy, however considering the postulate in its article 54, it is foreseen in this contractual modality the prevalence of the principle of autonomy of the will, being possible,

therefore, the establishment of clauses with specific peculiarities, even if such peculiarities are not provided for in the legal system. In view of the autonomy of the will, it is common practice that the parties agree, among others, clauses referring to the percentage rent, the minimum rent, and the possibility of the entrepreneur supervising the accounts and billing of the tenants, a clause that is directly linked the first two, and is a source of controversy resulting in debates on the legal possibility of such practice.

KEYWORDS: Rent contract; Shopping center; Oversight; Legality

INTRODUÇÃO

O contrato de aluguel de imóveis diz respeito à pactuação de vontades estabelecida entre locador e locatário.

A locação de imóveis realizados entre empreendedores de shopping centers e lojistas difere-se das demais modalidades de locação de imóveis em razão da liberdade conferida pela Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991 aos celebrantes no momento do estabelecimento das cláusulas contratuais.

Dada tal liberdade de pactuação, a legislação limita-se apenas a vetar o empreendedor em realizar cobranças no espaço físico dos shopping centers.

Considerando as previsões na lei supracitada no que tange aos shopping centers, percebe-se uma lacuna na lei tendo em vista a omissão quanto a demais critérios limitadores o que gera discussão acerca da legalidade das cláusulas avençadas entre locadores e locatários, em especial, a fiscalização realizada pelos empreendedores de shopping centers em face dos locatários lojistas sendo esta objeto do presente trabalho.

Este cenário, à primeira vista, parece bastante positivo, uma vez que atrai para o comércio mais uma modalidade contratual, em especial, as locações em shoppings centers.

Contudo, também deve-se levar em consideração a problemática quanto a omissão legislativa em indicar de forma objetiva todos os direitos e obrigações das partes, locador e locatário, e em especial quanto ao modo fiscalizatório e arrecadatário por parte dos shoppings.

Desse modo, muitas demandas judiciais surgem para discutir os limites dos direitos de cada parte, discutem ainda as obrigações dos locatários lojistas, haja vista, as peculiaridades do contrato de locação em comento.

O presente trabalho, portanto, justifica-se como uma análise necessária do processo de locação em shopping center tendo por base a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

O principal objetivo deste estudo é analisar os dispositivos de lei que regulam a matéria.

Tem-se como objetivo específicos a avaliação da legalidade no desenvolvimento das relações contratuais quanto a exigibilidade das obrigações dos locatários, afim de entender a razão de discussão judicial; compreender em que momento as cláusulas pactuadas passam a ser questionadas e porque razão.

O trabalho é uma pesquisa explicativa e um estudo misto, pois compreende estratégias tanto da pesquisa quantitativa quanto da qualitativa, utilizando-se da coleta de dados assim como da análise subjetiva destes.

Quanto ao método, será utilizado o dedutivo, que é aquele que parte de uma premissa geral para uma particular.

Primeiramente, será feito um apanhado histórico da evolução da relação comercial, chegando a ideia de centralização de comercial formando um "mix".

Em seguida, serão analisadas as leis e a doutrina, buscando referenciar as regras para o desenvolvimento das relações contratuais,

visando analisar a padronização das regras que são instituídas para busca de equilíbrio sempre geridos por uma unidade operacional.

Por fim, embasando-se nos conhecimentos adquiridos e dados obtidos, fazendo uso do estudo legislativo, jurisprudencial e doutrinário, será realizada uma análise quanto a legalidade das cláusulas contratuais, em especial quanto as cobranças das obrigações dos lojistas instituídas nos contratos de locação.

1. CONCEITUAÇÃO DE SHOPPING CENTER E BREVE HISTÓRICO DO EMPREENDIMENTO NO BRASIL

A ideia que atualmente tem-se ao ouvir o termo “Shopping Center” são construções grandes e modernas onde se concentra lojas de diferentes ramos comerciais. Um local climatizado aonde pode-se levar a família para fazer compras, realizar refeições, e também se divertir.

Ocorre que a simples reunião de lojas em um espaço físico não caracterizam o espaço como shopping center, sendo necessário o planejamento e a distribuição do espaço pelos empreendedores, a fim de locar o espaço físico a pessoas com interesse de explorar atividades econômicas predefinidas, com intuito de fornecer ao consumidor uma grande gama de produtos, restando denominado o referido planejamento como *tenant mix*. (Subcomissão de Contratos Empresariais OAB – GO, 2014).

A Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE conceitua shopping center como:

Centro comercial formado por um grupo de estabelecimentos de comércio essencialmente varejistas, planejado e desenvolvido como uma única propriedade e gerido de forma centralizada. Possui área bruta locável (ABL) superior a 5.000 metros quadrados, pratica aluguel fixo e/ou percentual e dispõe de vagas de estacionamento compatível com sua área de vendas.

No Brasil, o primeiro shopping center foi estabelecido com o nome Shopping Centers Iguatemi em 1966 na cidade de São Paulo e após a inauguração, tal modalidade de empreendimento foi estabelecida por todo o país, principalmente nas capitais dos Estados e em grandes cidades do interior. (Silvana Martinazzo, 2011)

De acordo com a Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE, estes são os números referentes ao Perfil de Shoppings no Brasil no ano de 2017:

- Shopping centers em operação: 571;
- Número de cidades com shoppings no Brasil, ao final de 2017: 212;
- Total de ABL (Área Bruta Locável) no Brasil: 15,580 milhões de m² (aumento de 2,26% em relação ao ano anterior);
- Faturamento total do Brasil em 2017: R\$ 167,7 bilhões, o que representa um crescimento de 6,2% em relação a 2016;
- 87% dos shopping centers brasileiros são empreendimentos do tipo tradicional e 13% especializados (outlet, lifestyle e temáticos). Destes, 17% são outlets.
- 46% dos shopping centers estão localizados em capitais brasileiras e 54% em outras cidades;
- Os shoppings brasileiros receberam cerca de 463 milhões de visitas por mês em 2017, o que representa um aumento de 5,6% em relação ao ano de 2016;
- Existem mais de 102.300 lojas nos 571 shopping centers brasileiros;
- Existem 897.506 vagas de estacionamento em shoppings em todo o território nacional;
- 2.760 salas de cinema nos centros de compra de todo o Brasil;
- Estima-se que haja mais de 1 milhão de empregos diretos nos shoppings brasileiros (aumento de 1,27%);

A atividade desempenhada pelos empreendedores de shopping center é dotada de peculiaridade frente as demais atividades econômicas. Estes empreendedores não adotam o intuito de simples locação a empresários atuantes em diferentes ramos de comércio, mas sim, na disponibilização da ampla gama de produtos e serviços em um ambiente seguro e confortável aos consumidores. (Coelho, 2011).

A locação do espaço físico pelos empreendedores de shopping centers diverge do simples empreendedor imobiliário, vez que

este, observa somente o interesse do pretense locatário em realizar o pagamento do aluguel por ele determinado. Os empreendedores de shopping center por sua vez atentam-se para as evoluções do mercado, observando a evolução de marcas, novidades tecnológicas, e a possibilidade de crescimento de cada empreendimento estabelecido no seu complexo. (Coelho, 2011).

2. DA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE EMPREENDEDORES E LOJISTAS

2.1. Definição de Contrato de Locação

Contrato consiste basicamente em um documento no qual se convencionam um acordo de vontade entre duas pessoas, respeitando as normas previstas no ordenamento jurídico do país das partes, com o intuito de regulamentar relações jurídicas.

Segundo Maria Helena Diniz (2015, p.32) o instrumento jurídico contrato pode ser definido como sendo:

O acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Acerca de contrato, assim discorre Caio Mário Silva Pereira (2016, p. 6):

É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de

adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (no 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.

Segundo Paladino, 2016 “nenhum contrato ilícito, por exemplo, pode ser judicialmente executado. O postulado da autonomia privada não tem o alcance de validar acordos criminosos, contravencionais ou mesmo imorais”.

Portanto, apesar de ser uma convenção livre de vontades expressamente manifestadas as mesmas devem, obrigatoriamente, respeitar os limites impostos pela legislação vigente no ato, para que tal contrato tenha de fato validade e eficácia.

No que tange a locação de imóveis, sejam esses residenciais ou comerciais, a relação jurídica entre locador e locatário será regulamentada por meio de um contrato de locação contrato esse que deverá respeitar a lei do inquilinato, lei nº 8245/91 que *“dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes”*.

A relação contratual entre empreendedores (proprietários) e lojistas (locatários) não pode ser definida pura e simplesmente como uma locação de imóvel, instituto previsto e regulado pela lei nº 8.245/91, tendo em vista o disposto no artigo 54 “Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”.

2.2 Das peculiaridades de contrato de locação de shopping centers

O contrato de locação entre empreendedores de shopping centers e lojista é um contrato com peculiaridades específicas, dentre outros pelo fato de ser o aluguel variável conforme o rendimento da loja. (COELHO, 2011)

Os contratos são regidos pela lei 8.245/91 entretanto, pela especialidade da relação locatícia desses contratos, é previsto na própria lei que as cláusulas sejam livremente pactuadas garantindo portanto a prevalência do princípio da autonomia da vontade. (BRASIL, 1991)

Dentre as cláusulas presentes nessa modalidade contratação ressaltaremos a que interessa ao presente trabalho, aquela que estabelece o aluguel percentual e o aluguel mínimo, e a que está consequentemente vinculada a essa a de fiscalização do faturamento do lojista pelo empreendedor.

O aluguel percentual é variável, calculado sobre o faturamento bruto do lojista e o aluguel mínimo consiste na quantia fixa devida caso o percentual do faturamento bruto seja inferior ao aluguel mínimo.

Quanto à fiscalização das contas do lojista, diretamente relacionada à de estipulação de aluguel percentual, a mesma visa evitar ou identificar possíveis fraudes, garantindo ao empreendedor o direito de fiscalizar o faturamento do lojista devendo tal direito ser exercido respeitados os limites legais, de forma discreta a fim de evitar exposição do lojista. (BRASIL, 1991)

Ao passo que a legislação infraconstitucional conferiu liberdade entre lojistas e empreendedores de shopping center para estipular as condições contratuais, surgiram discussões quanto aos critérios adotados para cumprimento de tais condições, sendo um dos critérios, a fiscalização do faturamento dos lojistas.

3. DA LEGALIDADE DA FISCALIZAÇÃO DOS EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTERS NO FATURAMENTO DO LOCATÁRIO LOJISTA

Na medida em que se discute a legalidade da fiscalização dos Empreendedores de Shopping Centers, não de ser observadas as previsões legais quanto a referida modalidade de contrato celebrado entre locadores e locatários.

Nesta feita, é imprescindível a análise aos princípios do direito civil no que tange aos contratos, vez que, a celebração de contrato trata-se instrumento para firmar a vontade dos pactuantes.

O Princípio da autonomia da vontade é um dos princípios basilares quanto à celebração dos contratos.

Realizada a interpretação literal do referido princípio, resta evidenciado o seu significado. Nenhuma pessoa é obrigada a contratar com outra, razão pela qual, somente celebram um contrato, pessoas interessadas em firmar obrigações mútuas entre si, determinando o objeto do contrato, cláusulas penais, estabelecimento de foro, e formas de fiscalização.

Neste diapasão, as partes de livre vontade determinam o que será regra entre si, tendo a obrigação de respeitar somente as limitações legais, haja vista, que é vedada a celebração de contratos que tem objeto ilícito, conforme dispõe o artigo 421 do Código Civil de 2002.

Maria Helena Diniz (2011, p. 40-1) define o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

Outrossim, Natália Berti (2014, p. 83) assim dispõe acerca do princípio da autonomia da vontade:

A autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes [...] era, pois, o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares.

Noutro norte, uma vez avençado o contrato, os contratantes têm obrigação de observar estritamente as disposições do contrato firmado, configurando-se o princípio do *pacta sunt servanda*.

O referido princípio estabelece que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, todos os ditames estabelecidos entre os contratantes não de ser observados, respeitados e cumpridos pelas partes, vez que, eventual descumprimento incorrerá em descumprimento contratual, podendo implicar na resolução do contrato sem prejuízos para a parte que cumpriu estritamente as obrigações contratuais, arcando a parte que o descumpriu com o ônus de sua ação.

Neste giro, Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 74) assim define o princípio da *pacta sunt servanda*:

O princípio da força obrigatória, denominado classicamente de *pacta sunt servanda*, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contratantes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica.

Em consonância ao entendimento acima explanado, conceitua Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 28):

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Ademais, cumpre salientar que tal descumprimento, permite à parte lesada reclamar judicialmente por eventuais perdas e danos e pela determinação judicial à parte inadimplente em cumprir a obrigação avençada.

Acerca do assunto, Maria Helena Diniz (2010, p. 28) assim se posiciona:

Da obrigatoriedade da convenção, pelo qual as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Isto é assim porque o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir uma intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu.

Neste norte, é imperiosa a aplicação do princípio da boa-fé contratual.

O princípio em comento estabelece que as partes devem estar munidas de boa-fé durante todos os estágios do contrato, desde a combinação entre as partes, até o cumprimento do contrato avençado nos termos avençados.

Acerca do referido dispõe, assim dispõe Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 202):

O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.

Nesta esteira, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2003) assim definem o referido princípio:

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um

ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Em análise aos princípios citados alhures, depreende-se que os contratantes pactuam suas vontades livremente, razão pela qual, as obrigações de fazer e não fazer estabelecidas devem ser cumpridas estritamente. Ademais, conforme supramencionado, o objeto contratual deve ser lícito, vez que a celebração de contratos que tem objeto ilícito é nula de pleno direito.

Nesta esteira, a fim de que o contrato de locação celebrado entre os Shopping Centers e os comerciantes gozem de legalidade, é cediço que as cláusulas contratuais avençadas têm a obrigação de estar em consonância com a Lei como um todo.

Assim, a fim de que a cláusula que fixa a submissão do locatário à fiscalização do locador goze de executabilidade, há a necessidade que a mesma não seja ilegal, vez que as cláusulas ilegais são nulas, conforme explanado anteriormente.

A legalidade da fiscalização do locador nas contas do locatário lojista, escora-se principalmente no princípio do *pacta sunt servanda*, vez que uma vez pactuada tal obrigação entre as partes, a mesma deve ser cumprida.

Neste sentido, o artigo 54 da Lei 8.245/98 dispõe que na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers imperarão as condições livremente avençadas entre as partes contratantes, bem como, estabelece os demais critérios de cobrança, *in verbis*:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as

condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center :

a) as despesas referidas nas alíneas a , b e d do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

Acerca da fiscalização do faturamento do lojista, assim discorre Maria Helena Diniz (2008):

A administradora do shopping poderá fiscalizar o faturamento bruto da loja, averiguando os livros e registros que contenham a escrituração contábil, balanços e estoques de mercadorias, registro de vendas à vista e a crédito e o movimento diário das operações mercantis. Essa intromissão na contabilidade de cada loja terá por escopo apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do aluguel participativo, de tal sorte que o lojista não poderá negar, se solicitado, a apresentação desses livros de registros. Tal sindicância não haverá num contrato de locação, sendo até mesmo incompatível com ele.

Inobstante à livre pactuação entre os contratantes, a legislação específica estabeleceu critérios a fim de que tal fiscalização não ocorra de forma abusiva, o que a tornaria ilegal. (BRASIL, 1991)

O Enunciado 30 da I Jornada de Direito Comercial do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal estabeleceu que “nos contratos de shopping center, a cláusula de fiscalização das contas do lojista é justificada desde que as medidas fiscalizatórias não causem embaraços à atividade do lojista”.

Assim, analisando o Enunciado supracolacionado, depreende-se que houve complemento do limite imposto pelo artigo 54 da Lei 8.245/91, estabelecendo que a cobrança a ser realizada não cause embaraços à atividade do locatário, em razão da omissão do dispositivo legal quanto a este aspecto.

No âmbito do Poder Judiciário, a legalidade da fiscalização das contas do lojista pelos shopping centers é aceita pelos Magistrados, desde que a cobrança respeite os limites legais e doutrinários.

Na ementa adiante colacionada, a 33ª Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou os efeitos da sentença que determinou o despejo da locatária por três motivos, sendo dois deles, a não apresentação de documentos com o intuito de realizar o cálculo e a fiscalização do pagamento do aluguel variável, bem como, a fraude de faturamento, vez que, a locatária realizou a contabilização de faturamento em nome de terceiro, estranho ao contrato de aluguel avençado entre o lojista e o shopping center, *in verbis*:

**LOCAÇÃO DE IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL –
DESPEJO POR INFRAÇÃO CONTRATUAL –**
Julgamento simultâneo com a ação renovatória do contrato de locação – **Pedido de despejo** embasado em três assertivas: de que houve descumprimento do dever contratual de substituição do fiador; de que não houve apresentação dos documentos para fins de cálculo e fiscalização do pagamento do aluguel variável; e de que houve fraude no faturamento, pois que houve contabilização de faturamento em nome de outra empresa. **Descumprimento contratual verificado diante da falta de apresentação de parte**

dos documentos solicitados e ainda por haver comprovação da emissão de valores em nome de terceiras empresas, integrantes do grupo – Improcedência renovatória – Procedência da ação de despejo por infração contratual – Recurso desprovido.

(TJ – SP – AC: nº 9221736-30.2006.8.26.0000.
Relator: Sá Moreira de Oliveira, Data de Julgamento:
01/08/2011)

Neste passo, analisando o entendimento jurisprudencial acostado acima, depreende-se que ao aplicar a disposição do artigo 54 da Lei 8.245/91, os magistrados acatam a legalidade da fiscalização das contas do locatário lojista, em razão da lei que o contrato faz entre as partes, vez que o contrato de locação celebrado entre os shopping centers e os lojistas tem caráter atípico, razão pela qual, há de ser respeitada a vontade dos celebrantes no momento de firmação do contrato, não somente no momento de fixação das obrigações, bem como, quando da execução do contrato avençado.

Nestes termos, fixada a submissão do locatário à fiscalização do shopping center por meio de contrato, tal cláusula é plenamente dotada de legalidade, bem como, a execução de tal fiscalização.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do cenário jurisprudencial acerca da aplicabilidade da legislação locatícia, em especial a locação em shoppings centers.

Observou se que a legislação vigente é dotada de legalidade, que essa possui efetividade, que no entanto, por alguma interpretação errônea ou ainda no exercício legítimo de direito, erros ocorrem, gerando assim demandas jurídicas.

O regramento locatício possui lacunas, em especial quanto a forma fiscalizatória e os limites arrecadatários, que por vezes soam abusivos. O que leva a questionar a validade dos contratos.

Excetuando excessos e equívocos, possíveis em quaisquer relações, nota-se que o contrato em estudo, tem complexidade elevada, que em muitas vezes as partes não estão preparadas a desenvolvê-las.

Inegável, que a doutrina não se deu ao aprofundamento dos debates, com intuito de satisfazer as questões daqueles que utilizam da norma no desenvolvimentos das relações contratuais.

Com o desenvolvimento do estudo notou-se que o eixo central das lides que tiveram por objeto o contrato de locação em shopping centers, girava na forma da cobrança dos valores e na fiscalização da apuração desses.

Portanto, em análise ao exposto alhures, a fiscalização do faturamento do lojista pelo shopping center é dotada de legalidade, em respeito à autonomia da vontade das partes ao celebrarem o contrato que estabelece tal submissão do locatário à fiscalização de suas contas pelo locador, bem como, da obrigação assumida quando da formalização do contrato pelas partes.

Outrossim, a legalidade da fiscalização pelo shopping center quanto ao faturamento do lojista, vigora desde que as cobranças respeitem os limites estabelecidos pela legislação e pela doutrina, deixando o locador de realizar cobranças no espaço físico do shopping center, bem como, realizando a fiscalização de forma que não cause embaraço ao locatário.

Evidenciou-se que o instrumento de controle dessas relações se limita a legislação, que a despeito da existência de associações de shoppings, ante qualquer lide que possa surgir, só mesmo o judiciário tem sido capaz a solucionar as lides.

Nesse contexto, é possível vislumbrar possibilidade de mitigação das demandas dessa natureza, em especial quando do firmamento do contrato com detalhamento das obrigações, formas de exigibilidade das mesmas, trazendo de forma clara e consciente que o contrato entabulado é uma espécie mais complexa do gênero de locações.

Ao que se propôs, a análise da legalidade das regras do contrato de locação de shoppings centers, constatou se pela legalidade, porem o desenvolvimento das relações é que tem gerado os conflitos.

Assim, o auxílio de um advogado traria as partes mais segurança e garantia das vontades contratadas, pratica que não se observou na pesquisa desenvolvida.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sob o Paradigma da Pós-Modernidade. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.57, p. 69-94, jan/mar 2014.

Brasil. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em . Acesso em: 21 de maio de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa
Manual de direito comercial: direito de empresa/
Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva,
2011.1. Direito comercial I. Título

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e Outros. Código Civil Comentado, 8ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <https://jucapobianco.jusbrasil.com.br/artigos/119525812/contrato-de-locacao-de-shopping-center>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

DINIZ, Maria Helena. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 26ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3 : teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 32.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: Contratos Teoria Geral vol 4. 9º Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010

<https://www.abrasce.com.br/monitoramento/desempenho-da-industria> Acesso em: 21 de maio de 2018.

[http://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/Analise_-_SHOPPING CENTER 14418.pdf](http://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/Analise_-_SHOPPING_CENTER_14418.pdf) Acesso em: 21 de maio de 2018.

https://www.abrasce.com.br/uploads/files/file_ad93814755b7f5b7acb5554f83c65d31.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2018.

<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 8 maio 2018.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 maio 2018.

Lakatos, Eva Maria; Marconi, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. 8ª edição. Editora Atlas, 2017.

lorenaviterbo7.jusbrasil.com.br/artigos/310548486/as-peculiaridades-do-contrato-de-locacao-em-shopping-center. Acesso em: 8 maio 2018.

MARTINAZZO, SILVANA. Revista Jurídica das Faculdades Secal – Ponta Grossa –v. 1 –n. 1. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.secal.edu.br/revista/pdf/140%20a%20164%20shopping.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PALADINO, Enzo. Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos. Editora Autografia, 2016. Disponível em < <https://books.google.com.br/books?id=bzQDDQAAQBAJ&pg=PT356&lp>

g=PT356&dq=nenhum+contrato+il%C3%ADcito,+por+exemplo,+pode+se
r+judicialmente+executado&source=bl&ots=Z17N4fl_TJ&sig=gacPjIodehA
da9wv8mfapPeVo70&hl=pt-
BR&sa=X&ved=0ahUKEwiDr4OBqrbAhUGm1kKHeyGDE0Q6AEIKDAA#v=o
nepage&q=nenhum%20contrato%20il%C3%ADcito%2C%20por%20exempl
o%2C%20pode%20ser%20judicialmente%20executado&f=false>

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: . Acesso em: 8 maio 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 17. Ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NOTA:

[1] Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás (2004) e Pós graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil(2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

A HUMANIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA

RAFAELA DE OLIVEIRA FRANÇA:

Bacharelanda pela Universidade Brasil. Campus Feranandópolis - SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: Este estudo objetiva analisar o princípio da humanidade das penas na execução penal brasileira. Para tanto, utilizamo-nos principalmente de uma pesquisa teórica e, posteriormente, de coleta de dados. A base do princípio da humanidade das penas é o valor da pessoa humana. A necessidade de sua observância é notória no contexto de implantação de um Estado Democrático de Direito e de internacionalização dos direitos humanos. A realidade da execução penal brasileira, todavia, é marcada pelo desumano tratamento dado aos presos. Essa situação demanda ao Estado que de forma urgente tome medidas para revigorar o sistema penitenciário. Neste sentido como pensar em Direitos Humanos? Cada dia mais a preocupação com os direitos do homem vêm aumentando gradativamente desde o século XX após a barbárie ocorrida no período pós Segunda Guerra Mundial. Desde então o tema vem sendo fortemente discutido e sua evolução tem sido constante mesmo que pequena em contramão com a realidade vivida por aqueles que pagam pelo mal causado a outrem na forma da lei. Lei que vem sendo aplicada pelos órgãos jurisdicionais que exercem a função de punir do Estado, função dada a ele pelo fato do mesmo não ter influencia emocional sobre fato julgado consequentemente gerando sentença racional e fundamentado, afastando do caso concreto o espírito de vingança. Através de tais circunstâncias são questionados o respeito e a garantia dos direitos básicos assegurados a qualquer ser humano atrás da Carta Magna de 1988 e os fixados na Declaração Universal dos Direitos do Homem nas unidades prisionais espalhadas pelo país.

Palavras-chave: Humanidade das penas; Execução penal; Direitos humanos.

ABSTRACT: This study aims to analyze the principle of humanity of penalties in Brazilian penal execution. For this, we mainly use a theoretical research and, subsequently, data collection. The basis of the humanity principle of punishment is the value of the human person. The need for its observance is notorious in the context of the establishment of a Democratic State of Law and the internationalization of human rights. The reality of Brazilian criminal execution, however, is marked by the inhumane treatment of prisoners. This situation demands that the State urgently take measures to reinvigorate the prison system. In this sense how to think about Human Rights? Every day more concern for the rights of man has been increasing gradually since the twentieth century after the barbarism that occurred in the post-World War II period. Since then the subject has been strongly discussed and its evolution has been constant even if small against the reality lived by those who pay for the wrong caused to others in the form of the law. Law that is being applied by the jurisdictional organs that exercise the function of punishing the State, a function given to him by the fact that he does not have emotional influence on fact judged consequently generating rational and grounded sentence, removing from the concrete case the spirit of revenge. Through such circumstances, the respect and guarantee of the basic rights guaranteed to any human being behind the 1998 Constitution and those established in the Universal Declaration of Human Rights in prison units scattered throughout the country are questioned.

Key-words: Humanity of sorrows; Penal execution; Human rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.2. O PRINCÍPIO COMO VALOR FONTE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL. 3. DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS. 4. PODER DE PUNIR DO ESTADO. 5. FINALIDADE DA PENA. 6. A EXECUÇÃO DA PENA. 7. ATUALIDADE PRISIONAL DO BRASIL. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

As declarações de Direitos Humanos propagam que todo ser humano tem direito de reivindicar seus direitos fundamentais e, através deles, os tratados internacionais e as convenções feitas ao redor do mundo por órgãos como a ONU (Organização Das Nações Unidas) que isso se torna possível. Em meados do século passado o nazismo tomava conta do mundo e juntamente com ele a violação vasta aos direitos essenciais ate então esquecido ou pior ainda ignorado pelas autoridades daquele tempo.

A legitimação através Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, estabelece o principal demarcação no desenvolvimento do pensamento atual de direitos humanos. Os direitos arrolados nesta Declaração compõem um grupo inerente e interdependente de direitos pessoais individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se interpõe por completo. Análogo documento modificou-se, nesta última metade de século, numa fonte de entusiasmo para a composição de inúmeras cartas constitucionais e tratados internacionais no que tange à proteção dos direitos humanos.

Tal Declaração, mecanismo do nosso tempo, tornou-se um genuíno paradigma ético a partir do qual se pode aferir e contestar a legitimidade de regimes e Governos. Os privilégios ali instalados constituem hoje um dos mais significativos instrumentos de nossa sociedade visando a garantir um convívio social digno, justo e tranquilo. No entanto, a densa profanação dos direitos e liberdades essenciais faz com que o ideal de uma vida digna e decente para todos os seres humanos do mundo torne-se algo ainda muito apartado. Em consonância, vivemos em uma fase que apresenta viabilidades, únicas a frente da causa dos direitos humanos.

Os direitos humanos não são apenas um grupo de princípios e ideias morais, éticas, culturais, sociais e políticas reunidos em documentos aglomerados pelo mundo, mas sim uma garantia para aqueles que são o resultado de tempos tão remotos.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por ser um conceito um tanto quanto abrangente, existe uma grande dificuldade em conceituar juridicamente tal princípio. Seu sentido ainda vem sendo criado e entendido juntamente com a evolução do homem e da sociedade em que vive. Basicamente podemos dizer que são um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado.

Plácido e Silva consigna (Silva, 1957) que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

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

1.2. O PRINCÍPIO COMO VALOR FONTE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

A unidade do sistema constitucional brasileiro repousa em uma ordem de valores e princípios que possui, entre o mais expressivo de todos, o da dignidade da pessoa humana e que a legitimidade substancial do Estado brasileiro se afere a partir da efetiva e concreta realização deste princípio.

Afirma Fladimir Jerônimo Belinati MARTINS (2003, p. 63) que:

O expreso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.

Em seu Art. 1º, a Constituição Federal de 1988, têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas. (MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, p.174).

Mais precisamente, várias são as passagens na Constituição Federal que denotam a dignidade da pessoa humana, como no artigo 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) etc.

Tal princípio protege a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade. São Direitos e deveres que asseguram qualquer pessoa contra todo ato degradante ou desumano, para tanto foram criados os direitos essenciais. É necessário esclarecer que essa condição de princípio fundamental não corresponde à mera declaração de conteúdo ético e moral, mas sim à norma jurídico-positiva, dotada de status constitucional formal e material e, dessa forma, carregada de eficácia.

No mesmo sentido, aduz Celso Ribeiro Bastos:

Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico.

Como conclui e esclarece Jorge Miranda, "a Constituição confere unidade de sentido e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, o qual repousa na concepção de dignidade da pessoa humana".

3. DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Sua consolidação se deu em meados do século XX, tendo como fulcro a violação dos Direitos Humanos cometida durante a Segunda Guerra Mundial, um movimento recente historicamente falando. As referidas atrocidades cometidas durante o nazismo demonstram as graves consequências geradas pelo abandono ao Direitos Humanos e a dignidade, tornando o ser humano um objeto descartável e sem valor.

Posteriormente a tal barbárie, fez-se necessária a reconstrução da proteção e garantia aos direitos humanos, como arquétipo e referencial ético no então cenário pós segunda guerra mundial. Afirma o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa Do Brasil faça parte”.

Embasando-se neste parágrafo podemos identificar que os tratados internacionais de Direitos Humanos legalizados pela República tem status material constitucional, além da aplicação direta, não podem em circunstância alguma ser revogado por lei ordinária.

A matéria Constitucional ao fixar que os direitos e garantias nele expresso não descartam outros provenientes dos tratados internacionais, autorizam as convenções de proteção dos Direitos Humanos para que incluam as normas jurídicas desta pátria, possuindo força constitucional e assim ampliando a Carta Magna de 1988.

Sendo tais tratados internacionais fontes constitucionais, tem sua igualdade assegurada em face dos direitos expressos e implícitos no ordenamento jurídico constitucional constituindo-se de também de força constitucional. Comprovado tal raciocínio, a transição *ad litteram* dos ensinamentos de Antonio Augusto Caçado Trindade, lançados no prefácio escrito para a obra de George Galindo:

A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (...) O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. (...) A tese da equiparação dos tratados

de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira.(...) O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*). (2002, p. 9).

Dando fim as contestações relativas a hierarquia dos tratados internacionais, acresceu então através da Emenda Constitucional 45/2004, o parágrafo § 3º do Art. 5º da Constituição Federal que certifica que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Fixando o status material constitucional de tais tratados.

Concluem-se em virtude do disposto no §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma Constitucional. O referido inciso dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Política ou dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Assim, na proporção em que a Magna Carta não os exclui, é porque os abarca no seu rol de direitos protegidos, atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional.

Disto resulta que, assim como a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos em vigor na República Federativa do Brasil são também paradigmas de controle da produção de direito doméstico. É o que se denomina de controle jurisdicional de

constitucionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação, controle concentrado, quanto pela via de exceção, controle difuso.

4. PODER DE PUNIR DO ESTADO

Para a conservação de uma sociedade, é necessária a existência de um poder disciplinar restringindo a conduta de seus constituintes, ninguém melhor do que o Estado, o qual tem o dever de preservar a manutenção do bem-estar daqueles que vivem em sociedade, para o exercício de tal função. Mirabete (1994, p. 23) afirma que "uma das tarefas essenciais do Estado é regular a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas sem as quais a vida em sociedade seria praticamente impossível".

De acordo com Frederico Marques:

[...] o direito de punir é o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável.

A lei é o meio utilizado pelo Estado para cumprir sua função mantendo a harmonia e o equilíbrio entre seus integrantes, limitando a conduta humana para que esta não viole os limites impostos caracterizando infração penal, acarretando como consequência uma sanção penal.

As sanções passaram a ser aplicadas pelo Estado pelo fato de ser indiferente a relação criada após o dano causado trazendo novamente o equilíbrio para tal desigualdade causada pela prática ilícita. O estado busca a proporcionalidade entre a pena e a infração, empenhando-se muito mais na questão social, uma vez que visa ressocialização daquele que infringiu a liberdade alheia do que o individual buscando a vingança.

Se a mesma fosse aplicada por quem sofrerá o dano, esta seria motivada pelo abalo emocional e pelo espírito de vingança por parte de

quem foi lesado, deixando para trás o real sentido de punição voltando ao remoto tempo onde era aplicada a Lei de Talião “olho por olho e dente por dente” a qual na mais pura realidade trazia uma desproporcionalidade vasta, visto que, tirar a vida do próximo em razão de uma perda familiar não trás justiça a ambos os lados.

Citando a Lei de Talião por analogia nos vem à cabeça a legítima defesa, pode essa ser considerada como forma de punição advinda de qualquer das partes? A resposta é não. Como o próprio nome diz o direito é de defesa na medida do ataque e não de punir quem está atacando. A pessoa que se achar vítima de algum crime deve sempre buscar o poder do Estado para que o culpado seja punido e os prejuízos ressarcidos. Caso resolva fazer “justiça com as próprias mãos”.

Conclui-se por tanto, que o Estado toda via é a única entidade dotada de poder soberano, é o titular restrito do direito de punir, também chamado de poder-dever de punir, que é genérico e impessoal, por não se dirigir especificamente a determinada pessoa, mas sim à sociedade como um todo.

5. FINALIDADE DA PENA

A doutrina descreve a finalidade da pena, utilizando três classes de teorias, a teoria absoluta, a teoria relativa, e a teoria mista, sendo que cada qual com seu grau de punição. Em face da teoria absoluta, é o posicionamento de Cézaro Roberto Bitencourt:

Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. Apenas é um fim em si mesmo. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.

Melhor dizendo, a teoria absoluta tem por finalidade a retribuição, meio usado para corrigir o mal causado através da aplicação de outro mal. Apresentando como fato inicial o “livre arbítrio” tornando o ser humano moralmente responsável pelo mal causado ao próximo permitindo-se por consequência sua própria punição como meio de chegar a justiça.

A segunda teoria tem por objetivo a prudência de novos delitos, quer dizer, vedando a realização de novas condutas atípicas; impedindo que os sentenciados voltem a delinquir.

Neste pensar presume-se que o encarcerado voltará a delinquir caso não seja punido imediatamente, por tal motivação esta teoria visa impedir novas condutas atípicas. O comentado estudo torna-se instrumento usado para a manutenção da paz e do equilíbrio no seio de convivência social, tendo que os indivíduos que estão a cumprir a pena imposta estão encarcerados o que dificultaria em certo grau a possibilidade de novo delito, protegendo bens jurídicos que possam vir se tornar objeto de novos delitos assim como em tese recuperar o preso.

A denominada teoria mista se deu através da mescla das duas teorias sucintamente citadas acima, nestas circunstâncias a pena é tanto uma retribuição para mal por ele causado como também um instrumento de prevenção.

Esta fusão da origem a uma pena que reeducará o preso e o impedirá de praticar nova atrocidade as normas legais ferindo o axiológico social. Vista como variação quando se trata do objeto de punir, pois vai além de punir e prevenir. É importante ressaltar que neste modo aplicação da pena a mesma passa a caracterizar-se como castigo indo além de si mesma. Busca o equilíbrio para o mal causado pelo delinquente para que ele possa voltar ao convívio social.

A pena consiste no impedimento ou restrição de um bem jurídico como liberdade, agindo como resposta estatal. No Brasil a pena tem uma finalidade tríplice, onde, ela ressocializa, reeduca e previne que o infrator volte a reincidir. O propósito preventivo pode ser geral e especial.

O propósito preventivo geral acontece no instante da aplicação da pena pelo legislador e visa à sociedade que mais adiante acolherá novamente o infrator em questão. Na sentença onde a pena é aplicada em concerto, o magistrado fixa a pena buscando o propósito retributivo. Em relação ao plano preventivo especial este acontece depois do crime visando evitar a reincidência do delinquente. Importante frisar que o intuito preventivo geral e o preventivo especial acontecem em momentos distintos. De maneira oposta, seria violado o princípio da individualização da pena.

6. A EXECUÇÃO DA PENA

Na execução penal, materializa-se as finalidades de retribuição, prevenção especial e ressocialização, que significa reingressar o infrator ao convívio em sociedade, conforme dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal:

Art. 1º, Lei 7210/84. A execução penal tem por escopo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e oportunizar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A execução penal inicia-se com o trânsito em julgado da sentença dando origem a um título executivo judicial. Na execução ocorre o cumprimento da pena imposta podendo ser esta privativa de liberdade, restritiva de direito ou até mesmo de punho pecuniário.

Por meio do art. 1º da LEP (Lei de Execuções Penais) o Estado exerce sua função de punir, coibindo o criminoso e vedando a possibilidade de nova conduta delituosa. Por meio da aplicação e da execução da pena o Estado pode mostrar para a sociedade que esta sendo eficiente no que tange a busca pela justiça e pela nova inserção do indivíduo na sociedade.

7. ATUALIDADE PRISIONAL DO BRASIL

Atualmente o cenário vivido pelos encarcerados é completamente diverso do senso de reeducação e ressocialização mostrado nos tribunais. O

tratamento atual nas penitenciárias e cadeias do Brasil se caracteriza como degradante e desumano, onde, ao invés de ressocializar o preso que será devido a sociedade o mesmo não tem garantido seus direitos básicos que por lei maior lhes são assegurados.

Como consequência do desprezo das potências, o Brasil tem sido palco de diversos acontecimentos em que civis fazem justiça com as próprias mãos, a fim de dar uma resposta à própria sociedade, que analisa o aumento da criminalidade. Acredita-se que são cada vez mais frequentes as frases: 'bandido bom é bandido morto' e 'adote um bandido'.

A Lei de Execuções penais nº 7.210/1984 em seu capítulo II resguarda a assistência ao preso determinando que o sentenciado tenha direito à alimentação, vestuário, instalações higiênicas, além de atendimentos de saúde – médico, odontológico e farmacêutico, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, além de acompanhamento ao egresso e assistência à família, porém a realidade vai contra a maioria dos direitos básicos também assegurados pelas Constituição Federal.

A realidade hoje é de cadeias com lotação máxima onde os presos revezam horas de sono permanecendo metade da noite em pé enquanto seus companheiros de cela se apertam quando tem sorte para dividir um colchonete. Tomam banhos gelados e não possuem higiene básica para uma sobrevivência digna.

As cadeias brasileiras estão entre as mais superlotadas com uma taxa de 197,4% de acordo com pesquisa feita pelo website de notícias *www.uol.com.br*. Nenhum dos 26 Estados e o Distrito Federal estão dentro do percentual estipulado. São 622 mil presos para 372 mil vagas.

Questiona-se como uma realidade tão dura vivida por longos e árduos dias podem ajudar a reeducar e inserir na sociedade um indivíduo que não reincidirá novamente. O sistema prisional brasileiro é a prova viva da violação aos Direitos humanos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente material de estudo possibilitou uma análise no tocando ao conhecimento dos Direitos Humanos, assim como o meio pelo qual ele foi criado, visto que foi analisado os tratados internacionais e o princípio da dignidade humana fonte constitucional brasileira.

Neste sentido discutimos também o poder de punir do Estado e como ele vem exercendo tal função, buscando esclarecer juntamente a finalidade da pena e o funcionamento da execução das penas no Brasil por meio de análise e estudo da Lei de Execuções Penais nº 7.210/1984 (LEP). Foi registrada também a realidade prisional do país com dados feitos através de pesquisas.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.9.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-e-seu-status-constitucional,28863.html>

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/07/governo-tenta-reverter-regras-pro-direitos-humanos-para-construcao-de-presidios.htm>

MARQUES **Elementos de Direito Processual Penal** (vol. I, p. 3).

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, p.174

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS

**CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA
FERREIRA:**

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução da proteção jurídica dos animais, tanto no âmbito internacional, como no âmbito nacional. Portanto, objetiva-se demonstrar como as leis internacionais e nacionais avançaram – ou não – na busca de condições dignas e de proteção jurídica a tais seres vivos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Maus-tratos contra os animais; 3. Evolução da proteção jurídica dos animais no âmbito internacional; 3.1. Declaração Universal dos Direitos dos Animais; 3.2. Demais normas internacionais; 3.3 Proteção jurídica dos animais no âmbito nacional; 3.3.1 Evolução legislativa das normas infraconstitucionais no combate aos maus-tratos; 3.3.1.1 O primeiro passo para a proteção jurídica dos animais no Brasil; 3.3.1.2 Governo Provisório: proibição de práticas causadoras de maus tratos; 3.3.1.3 Maus tratos como contravenção penal; 3.3.1.4 Demais diplomas legislativos; 3.3.1.5 Maus tratos como crime; 3.3.1.6 A visão da Constituição Federal de 1988 a respeito dos maus-tratos aos animais; 4. Uma nova visão: a Lei da Pacha Mama; 5. Conclusão; 6. Bibliografia;

1.Introdução:

A evolução histórico-legislativa no tocante à proteção dos direitos dos animais demonstra que, inicialmente, os animais eram vistos como meros objetos, cuja utilidade se voltava para todo e qualquer uso por parte do ser humano, sem a existência de qualquer restrição. Isto é, por muito tempo, o homem poderia fazer com o seu animal o que bem lhe aprouvesse, uma vez que este não era tido como um sujeito de direito, ou, até mesmo, como um bem que merecesse qualquer forma de proteção.

Assim, com a análise do avanço histórico e, com este, com a análise da criação e desenvolvimento de legislações internacionais e nacionais, demonstra-se o atual estágio em que se encontra a proteção dos animais e se estes continuam sendo mero bens, ou se já podem ser enquadrados como sujeitos de direito.

2. Maus-tratos contra os animais:

“Maus tratos” podem ser conceituados como a submissão de alguém a tratamento cruel, a trabalho forçado e/ou à privação de alimentos ou cuidados, conceito este que, verdadeiramente, quando referente ao animais, pode ser tido de forma mais ampla, uma vez que outras práticas cruéis nele se encaixam perfeitamente. Além disso, os maus tratos são realizados “pelos mais variados tipos de pessoas e os motivos envolvem aspectos culturais, sociais e psicológicos, sendo muitas vezes praticado sem a consciência de que tal ato é prejudicial” (DELABARY, 2012, p.835).

Durante a evolução humana, o uso indiscriminado dos animais, sempre utilizados para diversos fins, fez com que estes virassem vítimas. Nas palavras de Xavier,

Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios. O modo como são tratados os animais contrasta com o nível de inteligência da sociedade pós-moderna, que se proclama uma civilização avançada, a ter por parâmetro seu progresso intelectual, moral, social e tecnológico (XAVIER, 2013, p.16002).

Os animais não possuem capacidade de defesa perante o homem, precisando deste para que possa ser preservado e cuidado.

Novas pesquisas científicas, realizadas em animais, trazem como resultado o que muito se negava nos séculos passados: “os animais não só apresentam estímulos à dor, como também possuem inteligência e sentimentos, sendo que alguns animais, [...] apresentam um nível de inteligência bastante elevado [...]”. Assim, há, atualmente, estudos que comprovam a capacidade de pensar e de se comunicar entre si, em certos animais, tidos como mais inteligentes (XAVIER, 2013, p. 16009).

Segundo Levai (1998, p.32), “os animais são seres vivos e não apenas bens materiais, merecendo - portanto - tratamento condigno”. O autor também ressalva o fato de que os maus-tratos não são praticados apenas por meio da ação do agente, mas também através de uma omissão, trazendo como exemplo a não alimentação de um animal sob seus cuidados, levando-o, assim, à morte.

Reconhecer que toda criatura tem direito à vida significa, acima de tudo, uma questão de justiça. Tantos séculos de martírio animal, entremeados pelas grades da covardia, pelo chicote dos domadores e pela fúria dos insensatos, reclamava alguma medida humanitária (LEVAI, 1998, p.40).

Diante de tantas práticas e atitudes nocivas contra tais seres vivos, ficou claro em todo o mundo que seria necessária a criação de normas ambientais para a tutela jurídica devida dos mesmos, evitando, por conseguinte, um mal maior.

Não só maus-tratos foram praticados, mas também houve, principalmente no Brasil-Colônia, um extermínio em massa de animais silvestres, mortos ao bel prazer dos colonizadores, que, além de matar, também os traficavam.

3. Evolução da proteção jurídica dos animais no âmbito internacional:

As práticas humanas, ao longo dos séculos, que se utilizavam dos animais como objeto principal, trouxeram consigo largas consequências ambientais. Portanto, tornou-se necessária a adoção de medidas com o fito de proteger, recuperar e preservar toda a fauna e a flora. "Com a evolução do processo civilizatório da humanidade a legislação de proteção animal foi surgindo, e depois sendo substituída de forma progressiva, por normas compatíveis com o saber científico atual [...]" (DIAS, 2000, p.155).

O ano de 1822 foi marcado pelo início dos movimentos protecionistas, pois foi nele que a Inglaterra apresentou o diploma legal chamado de British Cruelty to Animal Act, com o objetivo de proibir atos cruéis contra os animais. Em 1838 e 1848, a Alemanha e a Itália, respectivamente, também trouxeram normas contra a crueldade e maus-tratos aos animais. E, em 1911, a Inglaterra, novamente, trouxe outro diploma legal, chamado de Protection Animal Act, com o objetivo de limitar as práticas humanas frente aos animais, para, assim, protegê-los (RODRIGUES, 2012, p.65).

3.1. Declaração Universal dos Direitos dos Animais:

Diante dos acontecimentos da época, da hipossuficiência animal e da consequente necessidade de tutela dos animais, foi editada, em 1978, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, elaborada pela UNESCO -

Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura- trazendo limites para a ação humana frente a fauna (XAVIER, 2013, 16013).

[...] Mas apenas em 1978, foi apresentado o feito mais louvável em proteção dos Direitos dos Animais: a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da qual diversos países são signatários, inclusive o Brasil, muito embora não a tenha ratificado até a presente data. Ainda que existam inúmeras convenções internacionais e lei protecionistas, essa Declaração é a mais bela obra existente em prol da vida e da integridade dos Animais (RODRIGUES, 2012, p.65).

É importante ressaltar, que, como é uma Declaração, esta não possui força de lei, mas pode servir de fonte material para a normatização interna de cada país (TINOCO, CORREIA, 2010, p.182).

O Brasil, no mesmo ano do surgimento da referida Declaração, a subscreveu, sendo, portanto, incorporada à Constituição Federal.

Em seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Animais trata os animais como sujeitos de direitos, e os seus quatorze artigos seguintes referem-se a "o respeito perante a vida dos animais não-humanos, o dever de preservá-los, de dar-lhes uma vida digna, de privá-los de crueldade que sejam elas físicas ou psicológicas (angústia), conferindo a eles o direito à liberdade, [...], etc." (TINOCO, CORREIA, 2010, p.184).

"A Declaração Universal dos Direitos dos Animais é um marco na história da luta pelos direitos dos animais, na medida em que representa uma mudança de paradigma na forma de enxergar a relação entre homens e animais" (XAVIER, 2013, p.16014).

Portanto, fica evidente como foi importante a elaboração da Declaração Universal dos Animais, pois esta, além de ser uma marco normativo, é uma marco na busca da evolução da legislação internacional, para a proteção dos supracitados seres vivos, que, por muito séculos foram utilizados de forma predatória e violenta, sem qualquer limites jurídicos.

3.2. Demais normas internacionais:

Além da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, foram editadas outras normas, de caráter internacional, com o objetivo de proteção da fauna mundial. Pode-se citar como exemplo (DIAS, 2000, p.155):

-Convenção Internacional para Proteção dos Pássaros (Paris, 18/10/1950);

-Convenção Internacional da Pesca da Baleia (Washington, 2/10/1946).

-Convenção para Conservação sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Mar (Genebra, 29/4/1958).

-Convenção Internacional para Convenção do Atum no Atlântico (Rio de Janeiro, 14/5/1966).

-Convenção sobre as Zonas Úmidas de Importância Internacional para Proteção dos Animais e Pássaros Aquáticos e Terrestres (Ramsar, 2/2/1971).

-Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção (Washington, 3/3/1973).

-Convenção sobre Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos (Camberra, em 20/5/1980).

-Convenção sobre Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem (Bonn, 23/6/1979).

-Convenção sobre a Biodiversidade (Rio de Janeiro, de 5/6/1992).

3.3 Proteção jurídica dos animais no âmbito nacional:

No âmbito nacional, assim como no internacional, a evolução da proteção jurídica dos animais foi lenta, e ainda não se encontra, segundo os ambientalistas, no plano ideal. Entretanto, grandes avanços foram conquistados, e muitos direitos reconhecidos.

3.3.1 Evolução legislativa das normas infraconstitucionais no combate aos maus-tratos:

3.3.1.1 O primeiro passo para a proteção jurídica dos animais no Brasil:

Em 1922, foi apresentado o primeiro projeto legislativo brasileiro contra a crueldade e maus-tratos aos animais, que, entretanto, não foi aprovado (GOMES, apud LEVAI, 1998, p.40).

Em 1924, no dia 10 de setembro, entrou em vigor o Decreto Federal nº16.590, conhecido como Regulamento das Casas de Diversões Públicas, proibindo corridas de touros, garraios e novilhos, rinhas de galos e canários, dentre outras (DIAS, 2000). Tal diploma vinha regulamentar o funcionamento de locais conhecidos como de distração pública.

Portanto, o referido Decreto foi o primeiro diploma legal nacional objetivando à proteção dos animais, que acabou sendo revogado pelo Decreto nº 11/1991.

3.3.1.2 Governo Provisório: proibição de práticas causadoras de maus tratos:

No Governo Provisório, que tinha como Presidente Getúlio Vargas, foi editado o Decreto nº 24.645, no dia 10 de julho de 1934, contendo a proibição de práticas geradoras de maus-tratos aos animais (LEVAI, 1998, p.40). Em seu artigo 3º, são enumeradas práticas que devem ser tidas como cruéis.

Doutrinariamente, maus-tratos e crueldade são termos considerados como sinônimos (CADAVEZ, 2008, p.103).

Este decreto, segundo Cadavez (2008, p.103), reforçou a proteção jurídica da fauna, apresentando um rol de condutas, e definindo trinta e uma condutas caracterizadas como geradoras de maus-tratos aos animais.

Seu mérito consistiu em reforçar a proteção jurídica dos Animais por meio de vários dispositivos próprios, permitindo, [...] a interpretação de um novo status quo dos Animais como sujeitos de direito, em razão da possibilidade do Ministério Público assistí-los em juízo na qualidade de substituto legal (RODRIGUES, 2012, p.66).

Na doutrina, discute-se ainda, se estaria ou não em vigor tal Decreto. Parte dela é favorável ao entendimento positivo, ou seja, estaria sim em vigor, pois teria este valor de lei, uma vez que expedido em período de

excepcionalidade política, só podendo, portanto, ser revogado por outra lei (CADAVEZ, 2008, p.103). Segundo Dias, (2000) o Decreto n. 24.645/34, "tinha força de lei, uma vez que o Governo Central avocou a si a atividade legiferante".

Este decreto foi parcialmente revogado pela Lei nº 9.605/98, pois ele possui definições que não foram trazidas expressamente por ela (RODRIGUES, apud CADAVEZ, 2008, p.103).

Cabe ressaltar, por fim, que o rol introduzido pelo artigo 3º do Decreto nº 24.645/34 é meramente exemplificativo, segundo entendimento de Helita Barreira Custódio (CUSTÓDIO apud CADAVEZ, 2008, p.103).

3.3.1.3 Maus tratos como contravenção penal:

O Decreto-Lei nº 3.688, editado no dia 03 de outubro de 1941, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais, foi, alguns anos depois de sua expedição, acrescentado, passando a possuir um artigo, de número 64, tipificando a conduta cruel contra o animal, e imputando pena de prisão simples ou multa para quem o desrespeitasse. A prisão simples compreendida em tal artigo poderia durar de dez dias a um mês (LEVAI, 1998, p.42).

O artigo 64 previa:

Art.64 - Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.

Pena- prisão simples, de 10 (dez) dias a 1(um) mês ou multa;

§1º- Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§2º- Aplica-se a pena com aumento de metade se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, 1941).

Este artigo tipifica, portanto, a prática de crueldade contra os animais como contravenção. Segundo Custódio, (CUSTÓDIO apud CADAVEZ, 2008, p.103) contravenção é "infração penal de sanções penais leves ou menos pesadas".

E, por fim, cabe ressaltar que, segundo Levai, (1998, p.43) "o Decreto-Lei nº 24.645/34 não foi revogado pelo art.64 da Lei de Contravenções Penais". O autor afirma que os dois diplomas legais contemplam a proteção dos animais frente a atos cruéis e abusivos e, portanto, coexistem harmonicamente. Ainda, segundo Rodrigues (2012,p.66), "o qual [artigo 64 do Dec.-lei 3.688] não revogou o Dec.-lei 24.654/34, mas sim o complementou com preceitos que visam a proteção dos Animais".

3.3.1.4 Demais diplomas legislativos:

Em seguida, foram editados outros diplomas legais com a finalidade de proteção animal. Em 1964, o artigo 19 da Lei Federal 4.591, combinado com determinados artigos do antigo Código Civil, datado de 1916, veio proteger e tutelar os animais que vivem em apartamentos, "sobrepondo-se às convenções condominiais com cláusulas de proibição de Animais em apartamentos" (RODRIGUES, 2012, p.67).

O Código Florestal ou Lei n. 4771, editado em 1965, prevê certas condutas como contravenções, cominando pena de três meses a um ano de prisão simples a quem incorrer nas mesmas (LEVAI, 1998, p.45). Cabe ressaltar que o supracitado Código Florestal de 1965 foi revogado pelo atual Código Florestal editado em 25 de maio de 2012, também conhecido como Lei n.12.651/2012, o qual não repete certas condutas como contravenções.

Em 1967, entrou em vigor a Lei n. 5.197, para a proteção dos animais silvestres. Conhecida como Código de Caça, a Lei passou a considerar como crimes as condutas antes tidas apenas como contravenções penais, sendo, por sua vez, posteriormente alterada, pela Lei 7.653 de 1988 (RODRIGUES, 2012, p.67). Esta, "além de conceituar fauna silvestre como propriedade do Estado, aboliu a concessão de fiança nos crimes cometidos contra os Animais" (RODRIGUES, 2012,p.67).

No mesmo ano de 1967, foi editado o Decreto-Lei n. 221/67, dispondo sobre a atividade de pesca, e "estabelecendo sanções administrativas aos

transgressores” (LEVAI, 1998, p.45). Este Decreto-Lei foi, posteriormente alterado pela Lei 7.679, em 1988 (RODRIGUES, 2012, p.67).

Já em 1979, surgiu a Lei n. 6.638, trazendo regras para o uso do animal vivo, como cobaia, em pesquisas e experiências científicas. Tal uso do animal é conhecido como vivissecção, que segundo Edna Cardozo Dias (apud LIMA, 2007, p.48 e 49) “é a realização de experiências dolorosas em animal vivo [...] consistente no uso de seres vivos, principalmente animais, para o estudo dos processos da vida e de doenças, e todo tipo de testes e experimentos”.

A fauna foi definida como meio ambiente pela Lei 6.938, de 1981, que, também, a partir de sua nova redação, trouxe ao âmbito ambiental a questão da responsabilidade civil e administrativa. Esta Lei é conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (RODRIGUES, 2012, p.67). Conforme pondera Levai,

Tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido. Esta pioneira lei ecológica introduziu a responsabilidade civil e administrativa pelo dano ambiental. (LEVAI, 1998, p.46)

A Lei de número 7.347, editada em 1985, trouxe a possibilidade de defesa do meio ambiente, pelos danos ocorridos, através da ação civil pública (RODRIGUES, 2012, p.67).

Em 1987, fora expedida a Lei de Proteção à Baleia (Lei 7.643/87).

E, por fim, com a promulgação da atual Carta Magna, outras leis com a finalidade de tutela dos animais e do meio ambiente em geral, foram promulgadas.

3.3.1.5 Maus tratos como crime:

O artigo 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, traz em seu caput a tipificação dos maus-tratos de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Este artigo revogou tacitamente o artigo 64 do Decreto-Lei nº 3.688 de 1941, uma vez que, agora, a conduta de maus-tratos aos animais não se configura mais como contravenção penal, e sim como crime (LIMA, 2007, p.44).

O artigo 32 prevê:

Art. 32 - Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena- Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) anos e multa.

§1º- Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§2º- A pena é aumentada de 1/6 a 1/3 se ocorre a morte do animal.

O significado dos atos tipificados no artigo supracitado, afirmando que os termos 'abusos' e 'maus-tratos' podem ser tidos como sinônimos, mas, em algumas situações a expressão 'abuso' pode ser entendida como um tipo mais grave de maus-tratos. Para o autor, ferir ou mutilar, são formas de maus-tratos e crueldade mais graves (PIERANGELI apud CADAVEZ, 2008, p.104).

Segundo Milaré, "a norma visa a tutelar a fauna silvestre que integra o meio ambiente, doméstica ou domesticada, nativa ou exótica" (MILARÉ, apud LIMA, 2007, p.45). E, segundo Gomes, "esta mudança não só acompanha a legislação de países mais adiantados, como adequa a legislação ordinária à Constituição Federal, que veda as práticas que submetem os animais a crueldade" (GOMES, 2000).

Pode ser sujeito ativo desse crim, qualquer pessoa natural, pois trata-se de crime comum. Entretanto, a doutrina diverge quanto à possibilidade da prática desse crime por pessoa jurídica. Édis Milaré e Paulo José da Costa Junior defendem que apenas a pessoa física pode ser sujeito ativo de crime. Já Nucci, diz que o crime pode ter como sujeito ativo, também, pessoa jurídica (MILARÉ, JUNIOR, NUCCI apud LIMA, 2007, p.45).

É sujeito passivo de tal crime a coletividade, e não o próprio animal, sendo este o objeto material da conduta delitiva. Pode ser também

configurado como sujeito passivo a própria União, quando forem vítimas os animais silvestres (LIMA, 2007, p.45).

Por fim, cabe trazer as importantes ponderações feitas por Daniella Tetü Rodrigues,

A Lei 9.605, de 1998, define crimes ambientais, tutela direitos básicos dos Animais, independentemente do instituto da propriedade privada e prevê, dentre os seus oitenta e dois artigos, nove artigos que constituem tipos específicos de crimes contra a fauna. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas resultantes de atividades lesivas ao ambiente. [...] Permite inclusive, visualizar-se crime comissivo por omissão ou falsamente omissivo. O novo diploma apresentou, também, a regra de co-autoria e participação nos crimes contra os Animais (RODRIGUES, 2012, p.68).

Ainda conforme a autora, a Lei de Crimes Ambientais trouxe em seu teor a responsabilidade penal da pessoa jurídica, quanto a crime contra o meio ambiente, mas, por outro lado, não trouxe as sanções aplicáveis aos tipos penais. Contudo, o Decreto 3.176, de 21 de outubro de 1999, trouxe tais sanções (RODRIGUES, 2012, p.68).

3.3.1.6 A visão da Constituição Federal de 1988 a respeito dos maus-tratos aos animais:

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 225, §1º, inciso VII o seguinte:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º- Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VII- 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 à crueldade.

É importante, contudo, delimitar o âmbito do termo crueldade, trazido pela Carta Magna, pois não pode se qualificar como cruel todo e qualquer ato praticado contra os animais. Alguns atos, mesmo que tidos como cruéis por algumas pessoas, podem assim não ser tipificados se forem essenciais à vida humana, conforme afirma Érika Bechara. Segundo ela, a natureza é objeto de direitos e não sujeito de direitos, e, portanto, devem atender aos interesses dos homens, que são os verdadeiros sujeitos de direito.

Embora parte da doutrina pense de modo conflitante, tal visão apontada por Bechara, é a mesma espelhada pela Constituição Federal atual, pois a letra da lei deixa nítida a intenção do legislador em proteger o meio ambiente, como forma de proteção do próprio ser humano. Segundo a autora, embora seja o homem o verdadeiro protegido e tutelado pela norma constitucional, não pode ele usar como bem entender da natureza, devendo sempre fazer uso da razão para ponderar suas atitudes (BECHARA apud CADAVEZ, 2008, p.107).

Segundo Xavier, (2013, p.16015) no ordenamento jurídico brasileiro, os animais são tidos como propriedade ou coisa, não sendo, portanto, sujeitos de direitos, além de serem considerados como bens semoventes, por possuírem movimentos próprios.

4. Uma nova visão: a Lei da Pacha Mama:

Caso de suma importância, vivenciado recentemente, em 2011, no Equador, mostra avanços consideráveis em relação a proteção judiciária da natureza.

No dia 30 de março de 2011, foi ajuizada uma ação na Justiça equatoriana, em nome do Rio Vilcabamba, rio este que se localiza em uma região perto da cidade de Loja.

A estrada de Vilcabamba-Quinara estava sendo alargada, e, por conta dessa obra, houve um acúmulo de materiais de escavação no supracitado rio. Tal alargamento vinha sendo feito há três anos, sem terem feito qualquer tipo de estudo sobre os possíveis impactos ambientais na região. Em decorrência disso, a corrente fluvial aumentara, trazendo riscos de desastres para a região (VIANA, 2013, p.258).

Segundo Viana,

Resíduos, pedras, cascalho e até mesmo árvores atingiam as margens diretamente, causando grandes prejuízos aos terrenos ribeirinhos. Os efeitos já vinham afetando as populações que vivem às margens do rio e utilizam sua água (2013, p.259).

Ao ser julgada procedente a demanda, tornou-se legítima a possibilidade de se ter um rio como titular de uma ação, reconhecendo o mesmo como sujeito de direitos.

Esse caso fez com que os direitos da natureza fossem incorporados à Constituição do Equador, de 2008, sendo, agora, a natureza e a Terra tidas (pela Carta Magna deste país) como “possuidoras de dignidade e direitos” (VIANA, 2013, p.258). Assim, o meio ambiente, propriamente dito, é considerado, nesse país, como sujeito de direitos, e não mais como objeto.

Pacha Mama é expressão utilizada pelos povos andinos do Peru, Chile, Argentina e Bolívia, ao se referir à Mãe Terra, e que acabou sendo incorporada à um movimento contemporâneo, realizado pelos povos latinos em busca da libertação da natureza frente às atitudes antropocentristas do ser humano. Atualmente, países da América Latina, como o Equador e a Bolívia, inspirados pelo caso do rio Vilcabamba, vêm incorporando aos seus ordenamentos jurídicos a Lei da Pacha Mama ou da Mãe Terra (FERREIRA, 2013, p.401).

5 Conclusão:

Com base no supramencionado, observa-se que a evolução histórica da sociedade humana possibilitou a maior proteção dos animais, seja por meio de legislação interna brasileira, seja por meio de declarações internacionais.

Entretanto, apesar dos grandes avanços tutelares, ainda pende no Direito brasileiro a classificação de bem jurídico, não lhes reconhecendo a categoria de sujeito de direito. Contudo, em contraponto ao cenário nacional, observa-se o grande passo dado por algumas das sociedades latino americanas, ao reconhecer a Pacha Mama como verdadeiro sujeito de direito, à qual deve-se garantir a proteção dos diversos direitos fundamentais.

Portanto, deve-se atentar para o Direito Comparado como importante fonte jurídica interna na busca da concretização de uma proteção jurídica mais eficaz aos animais e à própria natureza.

6. Bibliografia:

BECHARA, Erika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 72-73. apud. CADAVEZ, Lília Maria V. de Abreu P. CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UMA LEITURA TRANSDISCIPLINAR À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.34, n.1, p.88-120, jan./jun. 2008.

CADAVEZ, Lília Maria V. de Abreu P. CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UMA LEITURA TRANSDISCIPLINAR À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.34, n.1, p.88-120, jan./jun. 2008

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7, p. 54-86, jul./ set. 1997. apud. CADAVEZ, Lília Maria V. de Abreu P. CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UMA LEITURA TRANSDISCIPLINAR À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.34, n.1, p.88-120, jan./jun. 2008.

DELABARY, Barési Freitas. Aspectos que influenciam os maus tratos contra animais no meio urbano. Revista Eletrônica em Gestão, Santa Maria, v.5, n.5, p.835-840. 2012.

DIAS, Edna Cardozo. A tutela jurídica dos animais. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. apud. LIMA, Vivian Pereira. "CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS". 2007. 94p. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualidade FMU, São Paulo. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/vpl.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. Revista de Direito Brasileira, v.4, ano 3, jan.-abril. 2013.

GOMES, Edna Cardozo. S.O.S Animal. 2000.

GOMES, Edna Cardozo. S.O.S Animal. apud. LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos animais: O direito deles e o nosso Direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos animais: O direito deles e o nosso Direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

MILARÉ, Édis; JUNIOR, Paulo José da Costa. Direito Penal Ambiental – Comentários a Lei no9605/98. Campinas, Millennium, 2002. apud. LIMA, Vívian Pereira. "CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS". 2007. 94p. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualidade FMU, São Paulo. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/vpl.pdf>>. Acesso em: 21 de junho de 2014.

PIERANGELI, José Henrique. Maus-tratos contra animais. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribu- nais, ano 88, n. 765, p. 481-498, jul. 1999. apud. CADAVEZ, Lília Maria V. de Abreu P. CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UMA LEITURA TRANSDISCIPLINAR À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.34, n.1, p.88-120, jan./jun. 2008.

RODRIGUES, Danielle Tetu. O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

TINOCO, Isis Alexandra P.; CORREIA, Mary Lúcia A. Análise crítica sobre a Declaração Universal dos Direitos animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.7, ano 5, p.169-195, jul-dez. 2010.

VIANA, Mateus Gomes. A Terra como sujeito de direitos. Revista da faculdade de Direito, Fortaleza, v.34, n.2, p.247-275, jul./dez. 2013.

XAVIER, Cláudio. Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: : <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2014.