

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 864

(Ano X)

(28/07/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



24/07/2018 Rômulo de Andrade Moreira

» [A necessidade da fundamentação no ato do recebimento da peça acusatória - uma exigência democrática](#)

### ARTIGOS

27/07/2018 Nathália Ayres Queiroz da Silva

» [ICMS-Importação: definição do Estado competente para exigir o tributo nas modalidades de importação por conta própria e por conta e ordem de terceiro](#)

27/07/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [Continuidade e descontinuidade da lógica comercial minerária na Serra do Gandarela \(MG\): analisando as ações e ameaças, suas permanências e rupturas](#)

26/07/2018 Filipe Ewerton Ribeiro Teles

» [Importância e fundamentos jurídicos da propriedade](#)

26/07/2018 Antonio Jose Nunes dos Santos

» [Dispensa de Fiança pela Autoridade Policial: \(in\)eficácia do princípio da presunção de inocência, base fundamental do Direito Processual Penal.](#)

26/07/2018 Vantuir Galvão Melo Souza

» [O discurso do direito penal desigual](#)

26/07/2018 Francisco Renato Silva Collyer

» [Seremos História? A luta de Leonardo DiCaprio em prol da proteção ambiental em face do desenvolvimento desenfreado](#)

25/07/2018 Thiago Guedes Alexandre

» [A advocacia pública consultiva no combate à corrupção nas contratações públicas: uma visão dos 25 anos da Advocacia Geral da União](#)

25/07/2018 Rodrigo Silva Alves

» [A eficácia persuasiva dos precedentes do CPC/2015 e a inconstitucionalidade de algumas normas com caráter vinculante as no novo Código](#)

25/07/2018 Jonathan Morais Barcellos Ferreira

» [Processo de adoção: uma análise normativa](#)

25/07/2018 Beatriz Aparecida Soares Ganem

» [Envelhecimento e cidadania: desafios e conquistas presentes na política nacional do idoso](#)

25/07/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Justiça em jogo](#)

24/07/2018 Alexandre Santos Sampaio

» [As alterações contratuais em pactos firmados pela Administração Pública direta e indireta](#)

24/07/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis](#)

24/07/2018 Felipe de Sousa Menezes

» ["O cobertor é mesmo tão curto como se propaga por ai?"](#)

24/07/2018 Gabriel Fernandes Caldeira Queiroga

» [O limite temporal da medida de segurança no Estado Democrático de Direito brasileiro](#)

24/07/2018 Tayse Gleyse de Jesus Pereira

» [Estudo da responsabilidade civil aplicada à Odontopediatria](#)

23/07/2018 Igor Rosado do Amaral

» [A constitucionalidade da multa pela não homologação da declaração de compensação de tributos federais](#)

23/07/2018 Hebert Henrique de Oliveira melanias

» [A custódia de presos no âmbito da polícia judiciária de Alagoas](#)

23/07/2018 Robyson Danilo Carneiro

» [A inexistência do direito à fuga no ordenamento jurídico pátrio](#)

23/07/2018 Michely Borba Corrêa

» [O tratamento jurídico dedicado à pessoa com deficiência pelo Direito Civil no que tange à capacidade jurídica](#)

#### **MONOGRAFIAS**

24/07/2018 Eduardo Raimundo da Silva

» [Aposentadoria Especial do Servidor Público: Impactos da Súmula Vinculante nº 33 do STF no Equilíbrio Financeiro e Atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social](#)

## **A NECESSIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO NO ATO DO RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA - UMA EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA**

### **RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:**

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

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o pedido de Habeas Corpus nº. 90.509, decidiu anular o recebimento de uma denúncia – e os atos que lhe foram subsequentes, portanto todo o processo -, sob o argumento de que, *"embora não se exija fundamentação exaustiva quando o juízo afasta argumentos de resposta à acusação, é necessário que o ato seja minimamente motivado, permitindo ao acusado conhecer os elementos que levaram o juiz a decidir pelo prosseguimento da ação penal."*

Para o relator do processo, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, *"o Juiz limitou-se a negar a pretensão do acusado, de forma genérica — e em decisão padronizada, inclusive com a utilização de parênteses na decisão —, sem a mínima manifestação acerca das teses defensivas"*, não sendo possível *"confundir fundamentação concisa com ausência de fundamentação."*

Observa-se que o Habeas Corpus foi inicialmente impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Paraná que o denegou, razão pela qual o réu impetrou nova ordem no Superior Tribunal de Justiça.<sup>[1]</sup>

Esta questão da necessidade de fundamentação da decisão (sim, trata-se de uma decisão judicial) que admite uma acusação criminal não se mostra ainda clara em nossa jurisprudência, especialmente porque, na maioria das vezes, tais decisões não têm a mínima motivação fato que, também na maior parte dos casos, não encontra censura por parte dos nossos tribunais. Assim, seguem os Magistrados (com as exceções raríssimas) recebendo de forma genérica (às vezes implícitas, como alguns arvoram a dizer) as peças

acusatórias (muita vez utilizando-se até de modelos) com o aval dos tribunais locais.

Veja-se que no caso sob análise o Tribunal de Justiça do Paraná não concedeu a ordem quando, às escâncaras, tratava-se de uma decisão judicial – de natureza interlocutória – sem qualquer fundamentação. Sequer o Magistrado, em sua “decisão”, definiu o gênero do acusado, limitando-se, com extremada somiticaria, a afirmar: *“Analisando os autos e a imputação lançada em desfavor do (a) acusado (a), observo que a denúncia cumpriu os requisitos estampados pelo artigo 41, do Código de cesso Penal.”* Uma tal decisão como esta – e outras tantas pululam em nossas varas criminais, como se sabe - contraria frontalmente a Constituição Federal, como veremos a seguir.

Inicialmente deixemos claro que o ato judicial de recebimento de uma peça acusatória é uma decisão interlocutória e não, como por evidente, um mero despacho de expediente ou de natureza ordinatória. Neste sentido, por todos, veja-se Tourinho Filho, segundo o qual *“o ato por meio do qual o Juiz recebe a denúncia (e também a queixa, acrescentamos) é uma decisão.”*<sup>[2]</sup> Sendo assim, a fundamentação é de rigor e se impõe à luz da Constituição Federal.

Superada a questão quanto à natureza daquele ato jurisdicional é preciso que se atente para o art. 93, IX da Constituição Federal, no qual se afirma que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”*

*Como se sabe, não sendo eleitos, portanto sem legitimidade direta (popular), é preciso que os Juízes fundamentem as suas decisões para que legitimem a função política de julgar. Ademais, somente com a fundamentação das decisões judiciais pode o povo exercer um controle sobre a atividade jurisdicional. Uma decisão sem motivação trata-se de um ato sem qualquer legitimidade democrática.*

*Como afirma Ferrajoli, “la legitimidad de la función judicial, que reside en los vínculos que le impone la ley en garantía de su carácter cognoscitivo y*

*para tutela de los derechos de los ciudadanos, es siempre parcial e imperfecta." (grifei).[3]*

*Por outro lado, e em acréscimo, do ponto de vista estritamente processual, a motivação das decisões judiciais decorre "de las garantías del debido proceso, especialmente de la presunción de inocencia", como lembrado por Fernando Díaz Cantón.[4]*

*Neste sentido, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, a Professora Maria Thereza de Assis Moura, já teve oportunidade de afirmar que, por se tratar "de ideia-força, voltada ao prestígio do Estado Democrático de Direito, as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas (art. 93, IX, CF). Neste mister, é facultado ao tribunal reportar-se ao parecer ministerial ou aos termos do ato atacado, todavia, a bem de se prestigiar a dialeticidade, expressão do contraditório, é imperioso que acrescente fundamentação que seja de sua autoria." [5]*

*No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Menezes de Direito afirmou que "a garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da Constituição Federal é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação." [6]*

Como já foi consignado acima, desde um ponto de vista político, a motivação das decisões judiciais cumpre um papel fundamental para legitimar a própria função jurisdicional, pois permite que haja uma transparência dos respectivos atos jurisdicionais, bem como um democrático controle por parte dos seus destinatários, sejam (imediatamente) as partes no processo, seja o povo.

*Neste sentido, Julio Maier acentua que "el control público de esos procedimientos y de su resultado, la sentencia judicial, significa, políticamente, otro mecanismo que procura lograr la independencia judicial a través de la crítica popular, incluida la prensa, en un Estado democrático." (grifei).[7]*



Portanto, decisões como esta do Superior Tribunal de Justiça são importantes para que se crie, na medida do possível – dada a preguiça intelectual que atinge muitos dos membros que atuam na Justiça Criminal – uma cultura no sentido de se exigir uma motivação idônea – e não algo meramente decorativo – para todas as decisões judiciais, inclusive para aquela que, efetivamente, dá início ao processo (depois do exercício da ação penal e antes da citação do acusado), transformando o indiciado em réu, com todas as vicissitudes daí decorrentes, principalmente a possibilidade de ser submetido a uma prisão provisória, hipótese cada vez mais recorrente em nossos processos criminais.

Para concluir, não esqueçamos que *"o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. (...) Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua a sua condição de agente do povo."*<sup>[8]</sup>

#### **NOTAS:**

<sup>[1]</sup> Confira a decisão: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-falta-fundamentacao.pdf>

<sup>[2]</sup> Processo Penal, Volume 3, São Paulo: Saraiva, 33<sup>a</sup>. edição, 2011, p. 99.

<sup>[3]</sup> Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, Madrid: Editorial Trotta, 3<sup>a</sup>. Edição, 1998, p. 547.

<sup>[4]</sup> La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 107.

<sup>[5]</sup> Habeas Corpus n<sup>o</sup>. 90.684.

<sup>[6]</sup> *Recurso Extraordinário n<sup>o</sup>. 540.995-RJ.*

[7] Antología – El Proceso Penal Contemporáneo, Peru: Palestra Editores, 2008, p. 750.

[8] DALARI, Dalmo de Abreu, O Poder dos Juízes, São Paulo: Saraiva, 2ª. edição, 2002, p. p. 89/90.

## **ICMS-IMPORTAÇÃO: DEFINIÇÃO DO ESTADO COMPETENTE PARA EXIGIR O TRIBUTO NAS MODALIDADES DE IMPORTAÇÃO POR CONTA PRÓPRIA E POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO**

**NATHÁLIA AYRES QUEIROZ DA SILVA:**

Mestranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP, sob orientação do Prof. Paulo de Barros Carvalho. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Heleno Taveira Tôres, especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus e especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

### **1 Delimitação da materialidade e critério espacial do ICMS sobre importações**

A questão relativa à incidência de ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços) sobre a importação suscita debates desde a sua introdução no ordenamento jurídico com o advento da Emenda Constitucional n. 23/83, seja em razão de sua similitude com o então já existente Imposto de Importação, de competência federal, seja em razão das polêmicas envolvendo a capacidade tributária ativa dos Estados-membros, especificamente nas denominadas importações "por conta própria" e "por conta e ordem de terceiro".

Partindo do art. 155, II, da Constituição de 1988, atualmente pode-se desenhar especificamente a regra-matriz do ICMS-importação de mercadorias nos seguintes moldes: no antecedente, como *critério material* o ato de importar, introduzir mercadorias e bens estrangeiros no Brasil, com o objetivo de inseri-los no mercado brasileiro, *critério espacial* coincidente com o território dos Estados (e do Distrito Federal) em que se situarem os estabelecimentos destinatários das mercadorias e bens, *critério temporal* correspondente à entrada jurídica das mercadorias ou bens no estabelecimento; no consequente, *critério quantitativo* equivalente ao valor dos produtos importados (base de cálculo) e porcentagens previstas nas legislações competentes (alíquotas),

e *critério pessoal* identificado pelos Estados e Distrito Federal como sujeito ativo, e produtores, industriais e comerciantes como sujeito passivo.

Especificamente em relação ao **critério espacial**, vem definido no art. 11, I, d, da LC 87/96 como o limite geográfico dos Estados e do DF onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem.

Evidente que tal previsão acaba por produzir reflexos simultaneamente tanto para o critério espacial quanto para a sujeição ativa, porém contraria a norma do art. 155, IX, *a*, da CF e da própria LC 87/96, que acolhe a igualdade jurídica entre a entrada física e a simbólica, de modo que o fato jurídico da importação deve-se reputar praticado não apenas com base na entrada física, mas também na *jurídica*, isto é, o local da operação jurídica de importação, onde estiver localizado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do bem, ainda que a entrada física com o desembaraço aduaneiro tenha se verificado antes em outra localidade.

Prosseguindo na análise da regra-matriz do ICMS sobre as importações, no que concerne ao seu **critério pessoal**, a questão relativa ao **sujeito passivo** é simples de definir. Pelo texto constitucional, apenas os comerciantes, produtores e industriais podem ocupar a posição de sujeito passivo do imposto, e não qualquer pessoa jurídica. Afinal, o constituinte utiliza os termos "mercadoria" e "estabelecimento", excluindo as importações feitas por pessoas físicas. Assim como nas operações de importação em geral, o sujeito passivo, que tem a obrigação de pagamento da prestação pecuniária, corresponde a quem realiza a conduta de importar, isto é, a pessoa cujo nome está consignado na declaração de importação, a pessoa do importador.

Com efeito, conjugando-se o art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 com o teor do art. 155, inc. II, e §2º, inc. IX, *a*, da Constituição Federal, depreende-se que o sujeito passivo é o importador, isto é, aquele que realizou a operação jurídica de importação de mercadorias descrita na hipótese de incidência da regra-matriz do ICMS-importação. Disso se percebe que o tributo é devido pelo destinatário *jurídico* da mercadoria, e não por seu destinatário fático, isto é, a quem a mercadoria foi *juridicamente* remetida[1].

Já sob o aspecto do **sujeito ativo**, os entes competentes para a instituição do ICMS-Importação são os Estados e o Distrito Federal, nos moldes do art. 155, II, da CF/88, que perceberão as prestações pecuniárias correspondentes às operações de importação que se realizarem nos limites do seu território. Afinal, os Estados somente podem tributar fatos ocorridos dentro de seus territórios, sendo irrelevante o que os tenha gerado ou onde tenham começado tais fatos.

Quanto à competência para cobrança do ICMS-importação, note-se que uma delimitação precisa da materialidade, bem como do critério espacial da respectiva norma jurídica tributária em sentido estrito, conduzirá à adequada fixação do Estado competente para a cobrança do tributo (capacidade tributária ativa) nas diversas modalidades de importação, na condição de sujeito ativo da obrigação tributária. Note-se que cada um dos Estados detém competência para instituir e a capacidade de cobrar os impostos de sua alçada, podendo haver aí um conflito positivo de competência.

2 A capacidade tributária ativa dos Estados e Distrito Federal para exigir o ICMS-importação nas diversas modalidades de importação

O ordenamento brasileiro prescreve duas formas de importação dos bens do exterior: (i) por *conta própria* ou (ii) por *conta e ordem de terceiro*, ambas as formas reconhecidas e regulamentadas pela Secretaria da Receita Federal.

**a) nas importações em geral, no regime de importação por conta própria**

A importação "por conta própria" consiste na operação em que a importadora adquire mercadorias do exterior em seu nome responsabilizando-se com recursos próprios pelo fechamento e liquidação do contrato de câmbio, para em seguida vender tais mercadorias no mercado interno. Tem-se, assim, dois contratos de compra e venda, um entre o fornecedor estrangeiro e a importadora, e outro entre a importadora e a adquirente no mercado interno.

Quanto à capacidade tributária ativa, com o escopo de evitar conflitos de competência, o constituinte acabou por explicitar que cabe ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da

mercadoria (art. 155, IX, *a*, da CF), que deve ser entendido como aquele a quem a mercadoria estrangeira foi juridicamente remetida.

Assim, pode-se concluir que:

- i) pouco importa o local onde se dá o desembaraço aduaneiro, que é apenas o instrumento que fixa o instante da importação, sendo o sujeito ativo obtido a partir da localização do sujeito passivo, do destinatário da importação;
- ii) no caso de importação para terceiros, ainda que haja duas operações, uma de importação pelo importador e outra interna (revenda) ao adquirente, novamente o sujeito ativo da obrigação corresponderá ao Estado onde está situado o destinatário jurídica importação, atuando o importador como *Trading Company*. Assim, pouco importam os negócios jurídicos posteriores ou as “circulações físicas”, tendo em vista que a tributação recai sobre a “*operação jurídica de importação*”.

Com efeito, como a tributação recai sobre a operação *jurídica* de importação, cabe o ICMS ao Estado onde está localizado o destinatário do negócio, na figura do importador, pouco importando as “circulações físicas” para fins tributários, até porque o dispositivo constitucional não se refere a estabelecimento do destinatário “final”, último adquirente da mercadoria na cadeia circulatória iniciada com a importação. A jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** corrobora o entendimento acima exposto (**RE 396.859/RJ, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16-11-2004, DJU de 10-12-2004**).

A respeito do sujeito ativo de ICMS incidente sobre a importação, no art. 155, inciso IX, *a*, a Constituição Federal é clara ao estabelecer que é devido ao Estado onde estiver situado o *destinatário da mercadoria*, de modo que nem mesmo a legislação complementar pode estabelecer sujeito ativo diverso. Não obstante, a Lei Complementar n. 87/96 no seu art. 11, I, *d*, estabeleceu equivocadamente como local da operação de importação, para fins de determinação do critério espacial e, por conseguinte, do sujeito ativo, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada *física* do bem ou mercadoria importados, conflitando com o dispositivo constitucional que

prevê como fato jurídico tributário a dar ensejo ao ICMS-importação a “operação de importação”, conceito diverso de mera “entrada física”.

Apesar da inegável relevância da legislação complementar, deve ela exercer papel de mecanismo de ajuste da legislação ordinária em consonância com os preceitos constitucionais, mostrando-se como o veículo normativo capaz de pormenorizar as outorgas de competência tributária. Assim, o legislador complementar deve disciplinar as competências tributárias em conformidade com o texto constitucional, e não em conflito.

Em razão da polêmica que se criou quanto à competência estadual para exigir ICMS, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional foi inclusive instada a se manifestar, emitindo o Parecer PGFN/CAT/N. 1.093/97, no mesmo sentido de que o estabelecimento destinatário da mercadoria é o que efetivamente realizou o fato jurídico. Raciocínio semelhante também foi desenvolvido pela Consultoria Tributária de São Paulo, na Resposta à Consulta n. 277/98, em que o órgão administrativo entendeu que desembaraço aduaneiro corresponde apenas ao aspecto temporal da hipótese de incidência do ICMS, sendo o sujeito ativo, na realidade, o Estado da localização do importador.

Não obstante, a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** manifesta entendimento contrário, interpretando o texto constitucional de modo a entender como sujeito ativo o Estado-membro do local do estabelecimento onde se localiza o destinatário físico, o destinatário final das mercadorias (**REsp n. 1.190.705/MG**).

b) **nas importações por conta e ordem de terceiro**

Na importação “por conta e ordem de terceiro” a empresa adquirente da mercadoria contrata intermediária, prestadora de serviços, para que providencie por conta e ordem da contratante o despacho de importação da mercadoria em nome desta, tal como definido no parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa SRF n. 225/2002. Na realidade a importadora que realiza a operação não detém a propriedade dos bens importados, que é transferida diretamente ao comprador brasileiro, de modo que na declaração de importação consta o CNPJ do adquirente, indicado também na fatura comercial, devendo o conhecimento de carga estar consignado ou

endossado ao importador contratado, que passa a ter o direito de realizar o despacho aduaneiro e retirar as mercadorias.

Ao passo que a importação “por conta e ordem de terceiro” evidencia que se trata de mercadoria de propriedade alheia, na importação “por conta própria” a posterior venda do bem importado no mercado interno, após realizado o desembaraço aduaneiro, é negócio jurídico distinto da importação, tendo a importadora a livre disponibilidade do bem para comercializá-lo a quaisquer sujeitos pelo preço e condições que lhe convierem.

Daí a edição da Lei n. 11.281/2006, no intuito de distinguir as duas modalidades de importação. Por fim, em uma última modalidade que podemos denominar de **importação por encomenda**, quem realiza o negócio jurídico de importação é a própria *trading company* (importadora), sendo a empresa que encomenda uma mera adquirente no negócio jurídico posterior realizado no mercado interno<sup>[2]</sup>.

Por conseguinte, na importação por encomenda seus efeitos fiscais se assemelham aos da importação “*por conta própria*”, na realidade, figurando a importadora (*trading*) como sujeito passivo do imposto, em contraposição aos efeitos fiscais da importação “*por conta e ordem de terceiro*”, em que o sujeito passivo do ICMS-importação acaba sendo a própria empresa adquirente da mercadoria.

O que se pode inferir dessa dicotomia é que nas importações “*por conta própria*” e por encomenda o sujeito ativo competente para a cobrança do imposto é o Estado onde estiver situado a importadora (*trading*), a quem é transferida a titularidade das mercadorias, figurando como destinatária jurídica, em contraposição às importações “*por conta e ordem de terceiro*”, em que o sujeito ativo é o ente onde estiver localizada a própria empresa adquirente da mercadoria, que é quem consta da declaração de importação (D.I.) e que apenas contrata intermediária, prestadora de serviços, de modo que é transferida diretamente ao comprador brasileiro a propriedade dos bens importados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



- CAMPOS, Roberto de Siqueira. Furto de produtos industrializados e a legalidade da exigibilidade do IPI e ICMS *In Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 10, p. 64-114, 1996.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *In Guerra Fiscal – reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *A regra-matriz do ICM*. Tese de livre-docência PUC-SP, 1981.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivização no Direito Tributário*. Volume II. São Paulo: Noeses, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Guerra Fiscal – reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012.
- COSTA, Alcides Jorge. *ICM na constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Imunidades tributárias e impostos de incidência plurifásica, não-cumulativa. *In Revista de Direito Tributário*, n. 05, p. 67-82, 1978.
- GRECO, Marco Aurélio. Conceito de circulação. *In Revista de Direito Público*, n. 2 e 11.
- MACHADO, Hugo de Brito. ICMS e Emenda 33 *In Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1995.
- MENDONÇA, Christine. *A não-cumulatividade no ICMS*. Quartier, 2005.

-SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

-SALOMÃO, Marcelo Viana. O ICMS nas importações feitas por leasing internacional. *ICMS questões fundamentais*. Coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Fábio Soares de Melo, p. 217 a 236. São Paulo: MP Editora, 2007.

-SIMÕES, Argos Campos. A Guerra Fiscal no ICMS – benefícios fiscais e benefícios não-fiscais. *In Revista de Direito Tributário*, n. 102, p. 53-66, 2008.

-SIMÕES, Argos Campos. *ICMS–importação – Da sujeição ativa no ICMS–importação – Aplicação da moldura interpretativa de Kelsen*. *Revista de Direito Tributário*, n. 103, p. 224-238, 2008.

-SANTI, Eurico Marcos Diniz de. ICMS-Mercadorias: direito ao crédito – Importação e substituição. *In Curso de especialização em direito tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Forense, 2005, p. 535-552.

-SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**, vol. II, São Paulo: Noeses, 2013, pp. 159-170; SALOMÃO, Marcelo Viana. **O ICMS nas importações feitas por leasing internacional**. *ICMS: questões fundamentais*. Coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Fábio Soares de Melo. São Paulo: MP Editora, 2007, pp. 66-74.

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário, vol. II**. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 161-177.

## **CONTINUIDADE E DESCONTINUIDADE DA LÓGICA COMERCIAL MINERÁRIA NA SERRA DO GANDARELA (MG): ANALISANDO AS AÇÕES E AMEAÇAS, SUAS PERMANÊNCIAS E RUPTURAS**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Educador-mobilizador, formado em Magistério pela Rede Pública Estadual de Educação de Minas Gerais (1997), técnico em guia de turismo regional/nacional com formação profissionalizante pelo SENAC-MG (2014) e bacharel/licenciado em Geografia e Análise Ambiental pelo UNIBH (2007). Histórico profissional e acadêmico voltado para a integração das metodologias de Ensino com as áreas de Ação Cultural, Inclusão Social, Meio Ambiente e Políticas Públicas, tendo atuado no suporte técnico-administrativo, incluindo planejamento, organização, execução, revisão e avaliação de diversas atividades integradas e projetos em vários municípios. Neste sentido, cursaram-se várias disciplinas isoladas nos cursos de Ciências Biológicas, Educação do Campo, Gestão Ambiental, História, Pedagogia e Turismo.

**RESUMO:** A Serra do Gandarela localizada à leste da Região Metropolitana é o último reduto intocável de mata atlântica preservada e diretamente relacionada à segurança hídrica da capital mineira. Acontece que o respectivo recorte espacial inserido na Borda Leste do Quadrilátero Ferrífero encontra-se pleiteado por mineradoras delineando perspectivas de devastação e descaracterização de paisagens significativamente singulares. Neste contexto, a criação de unidades de conservação na região visa à preservação de um território camponês tradicionalmente ancestral associado preservação ecológica à justiça social e desenvolvimento econômico. A criação do parque nacional em outubro de 2014 possibilitará a conservação de relevante corredor biológico entre as Serras do Gandarela e Caraça contribuindo para amplo conhecimento e preservação da biodiversidade. Também através do

turismo ecológico, geológico, pedagógico e de base comunitária contemplam-se novos horizontes que fortaleçam à proteção da paisagem natural e do patrimônio cultural associado. Assim o presente trabalho destina-se à apresentar as continuidades e discontinuidades da lógica comercial minerária na Serra do Gandarela (MG), analisando as ações socioeconômicas e ameaças ecológicas, ressaltando suas permanências e rupturas.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

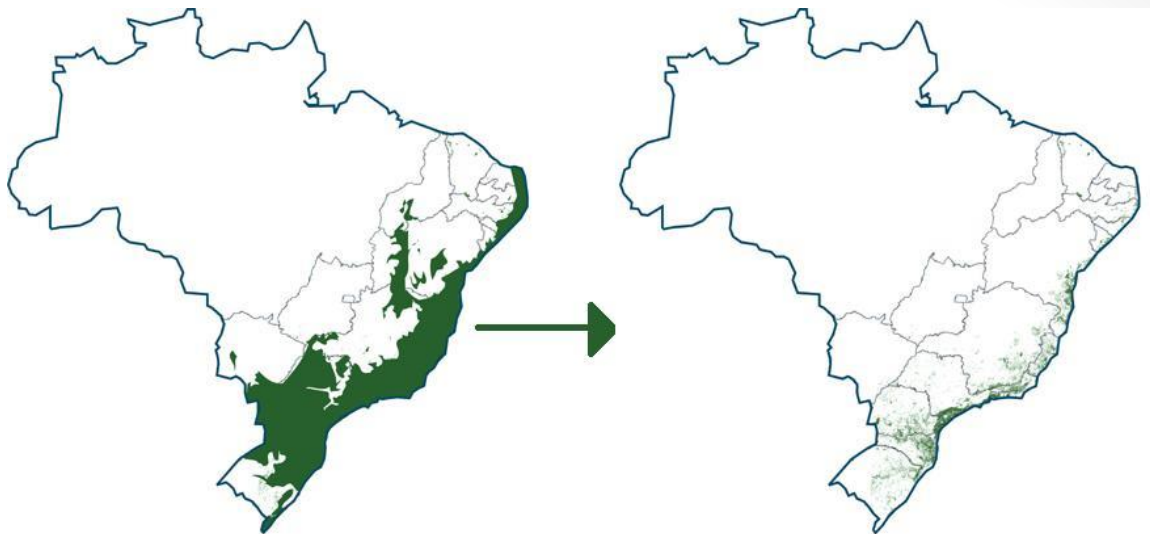
Em Minas Gerais, os remanescentes florestais da Mata Atlântica correm riscos ampliados pela lógica comercial da mineração, um paradigma arbitrário, por sua vez, consolidado histórico e culturalmente no estado. São as permanências e rupturas dos diferentes ciclos econômicos: pau-brasil, cana-de-açúcar, ouro, minérios de ferro e manganês. A "Terra Brasilis", como ficou conhecida às terras brasileiras, após a chegada dos portugueses em 1500, quando se tornaram oficialmente a nova colônia de Portugal teve a origem de seu nome diretamente ligada à exploração do pau-brasil (*Caesalpinia echinata*). Árvore nativa da Floresta Tropical Atlântica ou Mata atlântica e chamada em tupi guarani de Ibirapitanga, ibitapitanga ou arabutan, inaugurou o início do processo de destruição e relação predatória entre colonizadores e recursos florestais, ao longo dos séculos seguintes (figura 01) (MURALTI, 2006).

Imediatamente colocada sob o monopólio da Coroa Portuguesa, a exploração do pau-brasil, foi arrendada a comerciantes portugueses e italianos a partir de 1502. O primeiro "contrato" foi liderado por Fernando de Noronha, inaugurando uma nova realidade, onde o Estado português se comprometia a

não mais importar das Índias o pigmento similar, se voltando totalmente para a exploração comercial deste elemento natural abundante no litoral brasileiro naquela época, explorando-o incessantemente até o ano de 1859. Mas a exploração predatória da Mata Atlântica não se limitou ao pau-brasil (HISTÓRIA MAIS, 2018).

Embora a Coroa não tenha investido ou incentivado a pesquisa das potencialidades do respectivo bioma, algumas espécies não madeiras também foram intensamente exploradas em diferentes épocas, como bálsamos, ceras e a salsaparrilha, plantas medicinais como a ipecacuanha ou poaia, e ainda bromélias, cactos e orquídeas, sendo responsável pela destruição de grandes áreas de florestas, cujas árvores eram derrubadas unicamente para facilitar a extração destas plantas. Além da exploração de recursos florestais, houve na época um significativo comércio exportador de couros e peles de animais silvestres como onça, veado, lontra, cutia, paca, cobras, jacarés, anta; aves de espécies diversas para se comercializar penas e plumas; e ainda carapaças de tartarugas (DOSSIÊ MATA ATLÂNTICA, 2001).

Figura 01 – Mapas comparativos da redução de mata atlântica no país



Fonte:

<http://riosvivos.org.br/a/Noticia/Atlas+dos+Remanescentes+Florestais+da+Mata+Atlantica+/15676>

O modelo predatório, entretanto, não foi um privilégio do período colonial, pois com a independência, o cenário de degradação não se alterou e persistiram as práticas comerciais extremamente destrutivas, fato que contribuiu demasiadamente para o quadro atual (dados de 1998), no qual a Mata Atlântica sobrevive em menos de 95 mil km<sup>2</sup> de sua área original de cobertura florestal. Seus principais remanescentes concentram-se nos estados das regiões Sul e Sudeste, recobrando parte da Serra do Mar e da Serra da Mantiqueira, onde o processo de ocupação foi dificultado pelo relevo acidentado e pela pouca infraestrutura de transportes. Os números impressionantes da destruição desse bioma demonstram a fragilidade das políticas de conservação no Brasil e a absoluta ineficácia do sistema de fiscalização ambiental existentes nos órgãos públicos (SUBPROGRAMA MATA ATLÂNTICA – PPG7, 2001).

Apesar de ter sido o primeiro bioma a sofrer o impacto da colonização e de ser atualmente o mais ameaçado do Brasil, a Mata Atlântica não foi objeto,

segundo o documento do Subprograma Mata Atlântica – PPG7 (2001, p. 06), de “nenhum programa específico de financiamento baseado em um planejamento estratégico consistentemente definido de forma a buscar a conservação, recuperação e uso sustentável de seus recursos naturais em âmbito nacional”, devido principalmente ao fato das diretrizes concentraram esforços e recursos na região amazônica (PROJETO MATA ATLÂNTICA, 2018).

Além de limitados recursos financeiros, os programas e fundos existentes não contemplam o conjunto de ações e atividades consideradas prioritárias para a reversão do quadro de degradação o bioma da Mata Atlântica, desconsiderando de certa forma a gravidade de sua situação atual. Atualmente, esse conjunto de ecossistemas é considerado um dos mais importantes em termos de diversidade biológica do Planeta. Distribuída ao longo de mais de 23 graus de latitude sul, é composto de uma série de fitofisionomias bastante diversificadas, o que propiciou uma significativa diversidade ambiental composta por um complexo biótico altamente rico, incluindo a abundancia de recursos hídricos (Figura 02) (PACTO PELA RESTAURAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA, 2009).

Figura 02 – imagem do ecossistema da mata atlântica, com destaque para a riqueza hídrica



Fonte: <http://copacabana.com/eventos/dia-da-mata-atlantica>

Comparada com a floresta amazônica a Mata Atlântica apresenta, proporcionalmente, maior diversidade biológica e maior grau de endemismo, mas apesar disso, a situação é extremamente grave, pois segundo o documento oficial do Subprograma Mata Atlântica – PPG7 (2001, p. 06), das 202 espécies de animais consideradas oficialmente ameaçadas de extinção no Brasil, oficializadas pela Portaria nº 1.522 do IBAMA em 19/12/1989, 171 estão na área de domínio da Mata Atlântica. Este número tende a crescer rapidamente, se persistirem a atuação devastação do bioma que vem sendo executada desde os primórdios coloniais. Num país onde a biodiversidade é pouco pesquisada como o Brasil, há espécies que podem ter sido extintas antes mesmos de terem sido estudadas e catalogadas pelos cientistas e outras que, ao serem descobertas podem entrar imediatamente para a lista das espécies ameaçadas de extinção (ANDRADE, 2013).

Sobre a importância desse bioma brasileiro, na porção leste de Belo Horizonte, em áreas inseridas dentro do domínio da Mata Atlântica, há regiões de serras, conhecidas popularmente como “montanhas”, ainda não ocupadas devido à alta declividade e a dificuldade de acesso, fato que as



caracteriza como barreiras naturais ao contínuo processo de expansão urbana. Estes cenários ambientais ainda preservados se destacam na paisagem por apresentarem expressiva cobertura vegetal, inúmeros recursos hídricos superficiais, vales cobertos por frondosa vegetação de porte arbóreo e monumentos históricos relevantes, transformando-se em atrativos facilmente acessíveis devido à proximidade da capital mineira. Esta região do Complexo Caraça/Gandarela ameaçada pela expansão de mineradora, certamente abriga inúmeros fragmentos florestais da respectiva biota, indispensáveis à preservação de um dos mais ameaçados biomas do mundo, extremamente diverso em biodiversidade e endemismos. A Serra do Gandarela é abrigo de várias populações tradicionais e garantia de abastecimento de água para inúmeros municípios que vivem na Grande BH. Seus remanescentes primários e secundários de Mata Atlântica regulam o fluxo dos mananciais, asseguram a fertilidade dos solos, controlam o clima local, protegem escarpas e encostas de serras, além de preservar um rico patrimônio histórico e cultural, cuja proteção é essencial ao desenvolvimento do ecoturismo (FONSECA, 2014).

Na Mata Atlântica nascem diversos córregos, ribeirões e rios que abastecem as principais cidades e metrópoles brasileiras, beneficiando diretamente milhões de pessoas. Mesmo assim milhares de pequenos cursos d'água que afloram em seus remanescentes estão seriamente ameaçados por atividades humanas predatórias relacionadas à agricultura, pecuária ou ainda pelo intenso processo de urbanização ocorrido no país, nas últimas décadas. O respectivo bioma significa também abrigo para várias comunidades tradicionais e rurais dispersas por sua área natural de abrangência (APREMAVI, 2018). Além da garantia de abastecimento de

água, parte significativa de seus remanescentes florestais está localizada em encostas de alta declividade, mantendo a estabilidade geológica dessas áreas (figura 03), evitando assim ocorrência de eventuais catástrofes que já ocorreram onde a floresta foi suprimida, com consequências econômicas e sociais extremamente graves. Em termos de perspectivas sustentáveis, o bioma abriga belíssimas paisagens naturais, consideradas como verdadeiros “paraísos tropicais” para o ecoturismo, cuja proteção é essencial ao desenvolvimento econômico de comunidades e municípios localizados no entorno dessas paisagens (SOS MATA ATLÂNTICA, 2015).

Figura 03 – Imagem do desmoronamento de encosta em área de mata atlântica



Fonte: <https://www.ecodebate.com.br/2011/01/18/as-florestas-e-os-deslizamentos-de-encostas-artigo-de-de-osvaldo-ferreira-valente/>

**PARQUE NACIONAL NO GANDARELA: preservar matas, garantir a água e proteger comunidades tradicionais.**

Numa discussão mais ampla e complexa que não convém aqui no momento ampliar, existem lugares, simples recantos da natureza que

assumem identidade a partir de histórias pessoais e coletivas. Essa identidade produzida pelos homens confere aos lugares status de alma, ampliando sentidos e significados. A região da serra do Gandarela na parte leste da Grande BH é um desses lugares que associam paisagens e recantos naturais às condições existenciais e culturais dos agrupamentos humanos criando-lhes conexões de alma e essência. E dentro desta ampla questão de aparatos culturais e existenciais dado aos lugares e paisagens pelo homem encontra-se a Toponímia (ANDRADE; FONSECA. 2016).

Nascida na metade do século XIX, a onomástica (do grego antigo *ὀνομαστική*, ato de nomear, dar nome) considerada uma parte da lingüística, é o estudo dos nomes próprios de todos os gêneros, das suas origens e dos processos de denominação no âmbito de uma ou mais línguas ou dialetos. Dividindo-se em Toponímia e Antroponímia apresenta fortes ligações com outras áreas da ciência como a história e a geografia. A Toponímia, palavra formada a partir da junção dos termos gregos *τόπος* (*tópos*) que significa lugar, e *ὄνομα* (*ónoma*) estuda os topônimos, ou seja, nomes próprios de lugares, da sua origem e evolução. Além dos nomes das mais diversas localidades como cidades, vilas, municípios, províncias, países, a toponímia estuda os hidrônimos (nomes de rios e outros cursos d'água), os limnônimos (nomes de lagos), os orônimos (nomes dos montes e outros relevos), os corônimos (nomes de subdivisões administrativas e de estradas), entre muitos outros. Já a antroponímia é o estudo dos nomes próprios das pessoas, sejam prenomes ou apelidos de família, e que tem grande relevância para a história política, cultural, das instituições e das mentalidades (GASPARETTO JUNIOR, 2018).

E a toponímia confere unicidade a um lugar tecendo múltiplas redes de sentimentos, significados e histórias materializando e humanizando recantos, tornando-os cantos e encantos da existência humana. Então que tal enveredar-se pelos cantos, recantos e encantos da Serra do Gandarela. A toponímia Gandarela (figura 04) foi dada inicialmente à área, por portugueses oriundos desta região portuguesa que certamente ao visualizarem o relevo lembravam-se de sua terra natal. A palavra Gandarela deriva etimologicamente do termo gândara, que significa 'terreno arenoso'. Esta toponímia origina-se historicamente da Península Ibérica e há relatos de sua ocorrência em diferentes regiões como a Galiza, por exemplo. Desta palavra tem a variante "Gandra" utilizada como sobrenome para delegar famílias tradicionais e registram-se muitos outros derivados dentre os quais: Gandaiada, Gandarinha e Gandarinho (TOPONÍMIA LUSITANA, 2006).

Figura 04 – Casarão do Gandarela, localizada em Vila do Gandarela de Basto, Portugal



Fonte: <https://andanhos.blogs.sapo.pt/por-terras-de-portugal-casa-da-45122>

Em Portugal, Gandarela, é uma antiga freguesia portuguesa do concelho de Guimarães, com 1,71 km<sup>2</sup> de área territorial e cota populacional de 1 074 habitantes (dados de 2011). Tradicionalmente foi sede de uma freguesia extinta em 2013, após uma reforma administrativa nacional, para formar, em conjunto com Conde (nova sede), a freguesia de União das Freguesias de Conde e Gandarela. No Brasil parece não haver registros de outra localidade homônima, dando à localidade mineira a exclusividade de se chamar Gandarela. Mas a exclusividade não fica somente no nome, expandindo-se na magnitude das paisagens naturais e das culturas locais. Certamente, um dos últimos redutos da chamada “mineiridade” e que precisa efetivamente ser preservado para a posteridade.

A localidade e entorno se destacam pelo potencial ecológico, cultural e turístico, embora a história dos homens tente validar outro viés, menos justo, solidário e sustentável. A região atualmente encontra-se no centro de uma ampla discussão sobre seu futuro: cratera minerária ou parque nacional? Indiscutivelmente, a segunda opção é a mais viável em termo de projeção e de equidade social. Um parque nacional atende a toda uma demanda social e dinâmica coletiva, já da mineração, não se pode dizer o mesmo. Desde seus primórdios, a região certamente foi incorporada ao modelo colonizador colonial português. Na área existem registros históricos que contam sobre as diversas empreitadas em busca de metais preciosos e que deram origem a inúmeros povoados, distritos e cidades no entorno: Barão de Cocais, Brumal, Cocais, Itabirito, Morro Vermelho, Nova Lima, Ouro Preto, Rio Acima, Santa Bárbara, dentre outros, conforme atesta o decreto sem numero datado de 13 de outubro de 2014 (figura 05).

Cria o Parque Nacional da Serra do Gandarela, localizado nos Municípios de Nova Lima, Raposos, Caeté, Santa Bárbara, Mariana, Ouro Preto, Itabirito e Rio Acima, Estado de Minas Gerais.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 11 e art. 22 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, e no Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, e de acordo com o que consta do Processo no 02070.002759/2009-75 do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes,

DECRETA:

Art. 1º Fica criado o Parque Nacional da Serra do Gandarela, localizado nos Municípios de Nova Lima, Raposos, Caeté, Santa Bárbara, Mariana, Ouro Preto, Itabirito e Rio Acima, Estado de Minas Gerais, com o objetivo de garantir a preservação de amostras do patrimônio biológico, geológico, espeleológico e hidrológico associado às formações de canga do Quadrilátero Ferrífero, incluindo os campos rupestres e os remanescentes de floresta semi-decidual, as áreas de recarga de aquíferos e o conjunto cênico constituído por serras, platôs, vegetação natural, rios e cachoeiras.

(...)

§ 1º O subsolo da área descrita no caput integra os limites da UC até a profundidade que influir na estabilidade física e biológica do ecossistema e na qualidade da água superficial e subterrânea.

§ 2º Ficam excluídas da área do Parque Nacional Serra do Gandarela, as áreas necessárias à operação e manutenção das Linhas de Distribuição existentes Taquaril - Mariana 1, Subestação Santa Bárbara 1, Santa Bárbara 1 - Mineração Serra Geral, Ouro Preto 2 - Mariana 1 e seus respectivos acessos.

Art. 3º A zona de amortecimento do Parque Nacional da Serra do Gandarela será definida por meio de ato específico do Presidente do Instituto Chico Mendes de

Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes - Instituto Chico Mendes.

Parágrafo único. O disposto no caput não será objeto de subdelegação.

Art. 4º O Parque Nacional da Serra do Gandarela será administrado pelo Instituto Chico Mendes, que adotará as medidas necessárias a seus efetivos controle, proteção e implementação.

Art. 5º Ficam declarados de utilidade pública, para fins de desapropriação, pelo Instituto Chico Mendes, os imóveis rurais existentes nos limites descritos no art. 2º deste Decreto, nos termos do art. 5º, caput, alínea "k", do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de outubro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

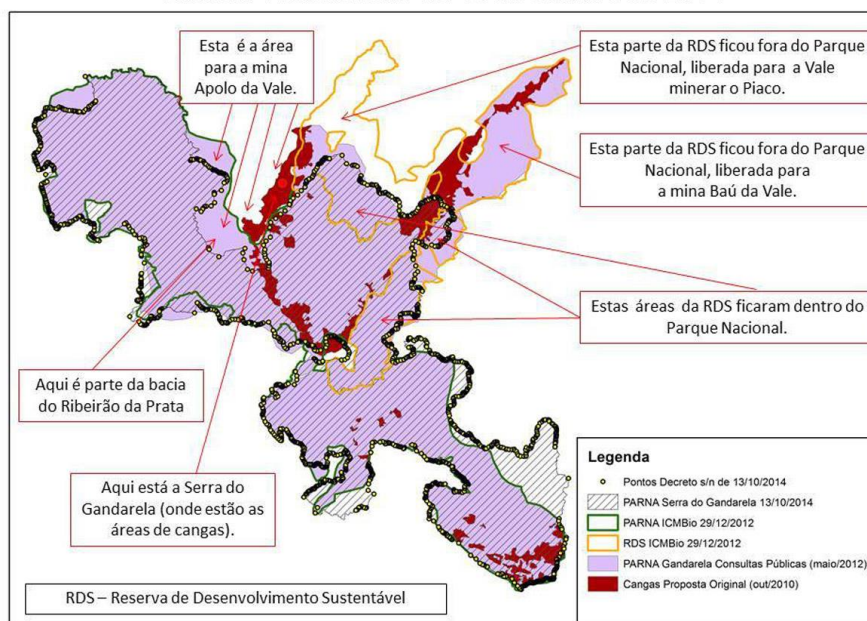
DILMA ROUSSEFF, Izabella Mônica Vieira Teixeira

Este texto não substitui o publicado no DOU de 14.10.2014

Figura 05 - Mapa do Parque Nacional da Serra do Gandarela

### Parque Nacional da Serra do Gandarela

Mapa comparativo e comentado entre as propostas e o Decreto Presidencial de 13 de outubro de 2014



[www.aguasdogandarela.org](http://www.aguasdogandarela.org)

Fonte: <https://salveagandarela.wordpress.com/tag/parque-nacional-criado-nao-protege-a-serra-e-as-aguas-do-gandarela/>

Antes dessa corrida maluca, o território era sabiamente apropriado pelos indígenas, possivelmente do grupo dos Aimorés, pejorativamente chamados de botocudos em decorrência de seus adereços e de sua fama de antropófagos. Essa informação parte do princípio que toda a bacia do rio Doce denominada de "Mato Dentro" era território ancestral deles e em decorrência da densa, fechada e úmida mata atlântica dava-lhe status de "impenetrável". E é parte do que restou desta mata atlântica hoje penetrada pela ambiciosidade humana é que sobrou na região da Serra do Gandarela, sendo os últimos e mais expressivos fragmentos florestais de Minas Gerais. E precisa efetivamente ser preservada como legado humano: sim o homem pode preservar, se quiser (ANDRADE, 2017).

O passado de interesses minerários verte para um futuro sustentável, respaldados em ações e conquistas do tempo presente. O potencial aurífero e minerário da região já é conhecido e descrito há tempos. O empresário industrial Henrique Lage nascido no Rio de Janeiro, em 14 de março de 1881 onde viveu até sua morte em 02 de julho de 1941 foi um dos primeiros ao descobrir as riquezas deste rincão brasileiro. Pena que sua visão tenha incentivado apenas os setores industriais como a mineração e a aeronáutica e não aqueles fundamentais como a natureza. Hoje seu nome homenageia uns dos parques urbanos da capital fluminense. Triste constatação ou infeliz coincidência? São dele também as primeiras ações para minerar a região, empreendidas a partir da então capital nacional, sendo o fundador da Companhia do Gandarella. Importante destacar aqui a grafia da época. Na década de 1920



intencionava a construção da estrada de ferro tendo buscado parcerias e influências para a conclusão da mesma. Em 28 de Julho de 1922, o Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil, atendendo ao requerimento da Companhia do Gandarella promulgava o Decreto nº 15.582:

Art. 1º Fica prorrogado por 3 (três) annos, o prazo fixado na clausula VII do contracto a que se refere o decreto n. 13.340, de 18 de dezembro de 1918, para a «Companhia do Gandarella», concluir a construcção da estrada de ferro que, partindo da região das minas do Gandarella, município de Santa Barbara, Estado de Minas Geraes, vá entroncar na Estrada de Ferro Central do Brasil, nas proximidades da estação Aguiar Moreira, e da qual é concessionaria a requerente, sem onus algum para o Thesouro Nacional, nos termos do referido contracto.

Art. 2º E' concedida permissão á peticionaria para apresentar, dentro de 60 (sessenta) dias, os estudos de um novo traçado, mais curto, mais conveniente e de melhores condições technicas da mencionada estrada de ferro, cujos estudos, approvados pelo decreto n. 14.309, de 17 de agosto de 1920, foram declarados definitivos, pelo de n. 14.963, de 2 de setembro de 1921.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 1922, 101º da Independencia e 34º da Republica. EPITACIO PESSÔA. J. Pires do Rio. (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO - Seção 1 de 11/08/1922, Página 15353)

A intenção do ramal era despachar para a capital nacional, a exploração oriunda das Minas do Gandarela a partir de estação Aguiar Moreira, em Nova Lima. Não há registros de conclusão, pois esta intenção parece ter ficado apenas no projeto e no plano das idéias. O Gandarela ficou em relativa paz por duas décadas, porém após esta relativa paz, começam processos legais de autorização de pesquisa mineral na serra. Buscava-se de

tudo o que pudesse existir na serra e ser comercial aproveitado, incluindo elementos minerais impossíveis de existir na serra dada sua litologia, geomorfologia e história geológica (figura 06). Datam desta época, o decreto nº 19.458, de 17 de Agosto de 1945 que autorizou a empresa Cia. de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage - Patrimônio Nacional a pesquisar linhito no município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA usando da atribuição que lhe confere o artigo 74, letra a, da Constituição e nos termos do Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas),  
DECRETA:

Art. 1º. Fica autorizada a empresa Cia. de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage - Patrimônio Nacional - a pesquisar linhito no local denominado Gandarela, no distrito de Conceição do Rio Acima, no município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais, numa área de novecentos hectares (900 ha), delimitada por um retângulo que tem um vértice a duzentos e cinquenta e cinco metros (255m), no rumo magnética sessenta e cinco graus sudoeste (65° SW) do marco de divisa das fazendas Mato Grosso e Gandarela sito na porteira desta última, e os lados que convergem no vértice considerado, tem, a partir dele, os seguintes comprimentos e rumos magnéticos: quatro mil e quinhentos metros (4.500m), vinte e cinco graus sudeste (25° SE); dois mil metros (2.000m), sessenta e cinco graus sudoeste (65° SW).

Art. 2º. Esta autorização é outorgada nos termos estabelecidos no Código de Minas.

Art. 3º. O título da autorização de pesquisa, que será uma via autêntica deste decreto, pagará a taxa de quatro mil e quinhentos cruzeiros (Cr\$4.500,00) e será transcrito no livro próprio da Divisão de Fomento da Produção Mineral do Ministério da Agricultura.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 17 de agosto de 1945, 124º da Independência e 57º da República. GETÚLIO VARGAS. Apolonio Sales (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO - Seção 1 de 25/08/1945, Página 13962)

Figura 06 – Paisagem geológica das Serras do Gandarela e Caraça, que formam corredor ecológico.



Fonte: <https://www.acontecendoonline.com.br/a-serra-do-gandarela-estando-ameacada/>

Na mesma data, ou seja, 17 de Agosto de 1945, outro Decreto de nº 19.459, também autorizava a Cia. de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage - Patrimônio Nacional - a pesquisar minério de ferro no município de Nova Lima, no Estado de Minas Gerais. A Companhia de Mineração e Siderurgia da Organização Henrique Lage, empreende novas tentativas no Município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais. Esta tentativa incluía o calcário, mineira não existente na área de domínio geológico e geomorfológico da região. Já em março de 1946, o decreto nº 20.751, autoriza a pesquisar calcário e elementos associados no Gandarela:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 74, letra a, da Constituição, e nos termos do Decreto-lei nº 1.985, de 29 de Janeiro de 1940 (Código de Minas),  
DECRETA:

Art. 1º Fica autorizada a Companhia de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage, a pesquisar calcário e associados em terrenos situados nos lugares denominados Gandarela e Manuel José, Distrito de Conceição do Rio acima, Município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais, numa área de quatrocentos e setenta e oito hectares (478 ha), delimitada por um polígono irregular que tem um vértice na confluência do córrego da Cachoeira ou do Moinho com o ribeirão Gandarela, e os lados, a partir do vértice considerado, com os seguintes comprimentos e rumos magnéticos: dois mil trezentos e noventa metros (2.390m), cinco graus sudeste (5º SE); dois mil e quatrocentos metros (2.400m), oitenta e cinco graus nordeste (85º NE); dois mil quatrocentos e oitenta e cinco metros (2.485m), vinte e três graus noroeste (23º NW); mil seiscentos metros (1.600m), oitenta e cinco graus sudoeste (85º SW).

Art. 2º Esta autorização é outorgada nos termos estabelecidos no Código de Minas.

Art. 3º O título da autorização de pesquisa, que será uma via autêntica dêste decreto, pagará a taxa de quatro mil setecentos e oitenta cruzeiros (Cr\$ 4.780,00) e será transcrito no livro próprio da Divisão de Fomento da Produção Mineral do Ministério da Agricultura.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 14 de Março de 1946, 125º da Independência e 58º da República.

EURICO G.DUTRA, Netto Campelo Junior

Em 29 de Maio de 1946, o Decreto nº 21.198 autorizou a Cia. de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage a pesquisar

calcário e elementos geológicos (Figura 07) associados no Município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais, conforme descrição.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 74, letra a, da Constituição e nos termos do Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas), DECRETA:

Art. 1º Fica autorizada a Cia. de Mineração e Siderurgia do Gandarela, da Organização Henrique Lage, a pesquisar calcário e associados em terrenos situados nos lugares denominados Gandarela e Mato Grosso, distrito de Conceição do rio Acima, município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais, numa área de quatrocentos e oitenta hectares (480 ha), delimitada por um retângulo que tem um vértice na confluência do córrego da Cachoeira ou Moinho com o ribeirão Gandarela, e os lados que divergem do vértice considerado com os seguintes comprimentos e rumos magnéticos: mil e seiscentos metros (1.600m), oitenta e cinco graus nordeste (85° NE); três mil metros (3.000m), cinco graus noroeste (5° NW).

Art. 2º Esta autorização é outorgada nos termos estabelecidos no Código de Minas.

Art. 3º O título da autorização de pesquisa, que será uma via autêntica deste Decreto, pagará a taxa de quatro mil e oitocentos cruzeiros (Cr\$4.800,00) e será transcrito no livro próprio da Divisão de Fomento da Produção Mineral do Ministério da Agricultura.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 29 de Maio de 1946; 125º da Independência e 58º da República. Eurico G. Dutra. Netto Campelo Júnior (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO - Seção 1 de 04/06/1946)

Figura 07 – degradação minerária tendo ao fundo ecossistemas ainda protegidos na Serra do Gandarela.



Fonte: <http://www.greennation.com.br/festival/brasil-ia-df-2018/10/competicao/serra-do-gandarela-o-lugar-que-poucos-conhecem/91>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Programa Agente Ambientais em Ação da Rede Ação Ambiental através do projeto de pesquisa intitulado “O HISTÓRICO CONFLITO ENTRE ECOLOGIA E MINERAÇÃO NO QUADRILÁTERO FERRÍFERO - MG: Um panorama de ameaças às paisagens geológicas do Parque Nacional da Serra do Gandarela e adjacências” pretende desenvolver em parceria com o Movimento Gandarela, a elaboração de livro sobre a região, objetivando documentar e registrar oitos pontos expressivos da região, contribuindo para legitimar sua real conservação:

- 1 – NATUREZA, PATRIMÔNIO E IDENTIDADE: perspectivas teóricas da Ecologia.
- 2 – NATUREZA, PATRIMÔNIO E IDENTIDADE: perspectivas teóricas da Geografia.

- 3 – NATUREZA, PATRIMÔNIO E IDENTIDADE: perspectivas teóricas da História.
- 4 – IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DAS PAISAGENS DO QUADRILÁTERO FERRÍFERO: ecologia, cultura, sociedade e identidade.
- 5 – ASPECTOS ABIÓTICOS DO QUADRILÁTERO FERRÍFERO: geologia, geomorfologia, recursos hídricos e clima.
- 6 – ASPECTOS BIÓTICOS DO QUADRILÁTERO FERRÍFERO: fauna, flora, biodiversidade e endemismo.
- 7 – ASPECTOS ANTRÓPICOS DO QUADRILÁTERO FERRÍFERO: história, patrimônio, memória e oralidade.
- 8 – QUADRILÁTERO FERRÍFERO COMO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO: o estudo do meio através da leitura de paisagens

A ideia de um livro ressaltará que Gandarela representa não apenas a toponímia de um lugar ameaçado, mas, sobretudo a alma de um sonho empreendido pelo Movimento social. Consolidada enquanto parque nacional em 14 de outubro de 2014, a serra ainda é alvo de disputas entre interesses distintos reafirmando ações em sua defesa. Sua efetiva conservação é a garantia de que a ecologia, o patrimônio histórico e identidade cultural das paisagens do Quadrilátero Ferrífero permaneçam no tempo e no espaço. A serra empreende cenários, panoramas e potencialidades pedagógicas para o estudo dos meios ambiental, cultural e social e como tal deve permanecer para a posteridade. O panorama de ameaças às paisagens geológicas do Parque Nacional da Serra do Gandarela e adjacências reflete o histórico conflito entre ecologia e mineração no Quadrilátero Ferrífero – MG. Um movimento que persista

neste cenário de permanências e rupturas e a garantia de que a sustentabilidade vencerá esta “guerra”. Mobilização hoje e sempre pelo Gandarela é o grito dos mineiros na defesa de sua mineiridade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ANDRADE, Vagner Luciano de.** Gandarela: território ecológico ou minerário? In: **Boletim UFMG, Ano 43, nº 1984, publicado em 03. Jul. 2017.** Disponível em : <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1984/2.shtml>

ANDRADE, Vagner Luciano de. FONSECA, Charles de Oliveira. **Serra do Gandarela: turismo ou mineração?** In: Boletim UFMG, Ano 39, nº 1811, publicado em 11. Mar. 2013. Disponível em : <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1811/2.shtml>

ANDRADE, Vagner Luciano de; FONSECA, Charles de Oliveira. **Conflitos socioambientais e retrocesso nos marcos legais brasileiros: o caso Parque Nacional da Serra do Gandarela, Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19134](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19134)>. Acesso em 13. jul 2018.

APREMAVI - Associação de Preservação do Meio Ambiente e da Vida. **Mata Atlântica.** Disponível em: <<http://www.apremavi.org.br/mata-atlantica/agua/>

FONSECA, , Charles de Oliveira. **A dinâmica espacial da Serra do Gandarela e entorno a partir da formação de territórios: análise e representações coremáticas.** Dissertação –Mestrado em Geografia / Área de Concentração: Análise Ambiental. Belo Horizonte Instituto de Geociências – UFMG. Novembro de 2014

GASPARETTO JUNIOR, Antônio. **Linguística.** Disponível em: <<https://www.infoescola.com/linguistica/onomastica-toponimia-antroponimia/>

HISTÓRIA MAIS. **Período Pré-colonial.** Disponível em: <[http://www.historiamais.com/periodo\\_pre-colonial.htm](http://www.historiamais.com/periodo_pre-colonial.htm)



IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais.  
Portaria nº 1.522 de 19/12/1989

(retificada pela Portaria IBAMA nº 221/90). **Dispõe sobre a Lista Oficial de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção.** Disponível em:  
<[http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/legislacao/federal/portarias/1989\\_Port\\_IBAMA\\_1522.pdf](http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/legislacao/federal/portarias/1989_Port_IBAMA_1522.pdf)

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Dossiê Mata Atlântica 2001.** Disponível em:  
<[https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/54.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/54.pdf)

LABORATÓRIO DE ECOLOGIA E RESTAURAÇÃO FLORESTAL. ESALQ / USP - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz. **Pacto pela restauração da mata atlântica,** 2009. Disponível em:  
<<http://www.lerf.esalq.usp.br/divulgacao/produtos/livros/pacto2009.pdf>

MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. **Subprograma Mata Atlântica – PPG7.** 2001 Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/port/sca/ppg7/mataatla/subprog.html>

MURALT, Malou Von. **A árvore que virou país.** Tradução de Regina Campos. Disponível em:

<<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13560/15378>

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **DECRETO DE 13 DE OUTUBRO DE 2014.** Cria o Parque Nacional da Serra do Gandarela, localizado nos Municípios de Nova Lima, Raposos, Caeté, Santa Bárbara, Mariana, Ouro Preto, Itabirito e Rio Acima, Estado de Minas Gerais Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Dsn/Dsn14013.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Dsn/Dsn14013.htm)

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL/MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. **Proposta Projeto Mata Atlântica.** Disponível em: <[http://www.rbma.org.br/anuario/pdf/projeto\\_mata\\_atlantica.pdf](http://www.rbma.org.br/anuario/pdf/projeto_mata_atlantica.pdf)

SOS MATA ATLÂNTICA. **Pacto pela restauração da mata atlântica : referencial dos conceitos e ações de restauração florestal** [organização edição de texto: Ricardo Ribeiro Rodrigues, Pedro Henrique Santin Brancalion, Ingo Isernhagen]. – São Paulo : LERF/ESALQ : Instituto BioAtlântica, 2009. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2015/03/referencial-teorico.pdf>

TOPONÍMIA LUSITANA, 2006. **Gandara.** Disponível em:  
<<http://toponimialusitana.blogspot.com.br/2006/10/gndara.html>

## IMPORTÂNCIA E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROPRIEDADE

**FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:**

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito. Universidade Regional Do Cariri - URCA (CE).

**Resumo:** O presente artigo visa discorrer sobre o direito de propriedade destacando sua importância e fundamentação jurídica. Passa pelo longo debate doutrinário que se teve sobre as várias concepções do Direito à propriedade. Destaca-se que a propriedade é encarada também como um direito absoluto, perpétuo e exclusivo de seu titular, evoluiu da mesma forma que a sociedade, atrelando-se ao cumprimento de sua necessária função social e, sendo, dessa forma relativizada em prol do interesse coletivo. A metodologia no presente estudo é a da revisão bibliográfica, sendo empregadas informações de artigos publicados em revistas e livros referentes ao tema. A pesquisa bibliográfica deste trabalho foi elaborada de acordo com o esquema de leitura cujos princípios são análise textual, temática, interpretativa problematização e síntese pessoal.

**Palavras-chave:** Propriedade; Direito; Função Social.

**Abstract:** This article aims to discuss the right to property, highlighting its importance and legal basis. It goes through the long doctrinal debate that has had on the various conceptions of the Right to property. It should be noted that property is also viewed as an absolute right, perpetual and exclusive of its owner, has evolved in the same way as society, attaching itself to the fulfillment of its necessary social function and, thus, being relativized in favor of interest collective. The methodology in the present study is the one of the bibliographical revision, being used information of articles published in magazines and books referring to the subject. The bibliographic research of this work was elaborated according to the reading scheme whose principles are textual analysis, thematic, interpretative, problematization and personal synthesis.

**Keywords:** Property; Right; Social role.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Limitações ao Direito de Propriedade; 3. A propriedade ao longo dos tempos; 4. A função social da propriedade; 5. O

Direito à Habitação como Direito Fundamental do ser humano cumprindo sua função social; 6. Conclusão; Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, em sentido amplo, recai tanto sobre coisas corpóreas como sobre as incorpóreas. Quando incide exclusivamente sobre coisas corpóreas, recebe a designação de domínio. Nem todos os Códigos seguem o exemplo do Código Napoleônico, definindo o direito de propriedade, tanto que KIYOSHI HARADA (2005) nos instiga a definir propriedade estudando seus caracteres e elementos constitutivos, tomando por base o civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

O direito de propriedade é sem dúvida alguma o mais importante de todos os direitos subjetivos materiais. Há unanimidade dos civilistas no sentido de que o direito de propriedade, como direito real, por excelência, constitui o cerne do direito das coisas, representando a propriedade, a espinha dorsal do direito privado. Realmente, dentro do sistema permanente de apropriação de riquezas em que vivemos, inevitáveis os conflitos de interesses entre as pessoas, envolvendo disputas sobre bens, reclamando sua disciplinação pelo ordenamento jurídico (HARADA, 2005).

Pode-se dizer, em primeiro lugar, que o direito de propriedade é absoluto, à medida que oponível erga omnes, e apresenta caráter de plenitude. O proprietário dispõe da coisa como bem lhe aprouver, sujeitando-se, apenas, a determinadas limitações impostas no interesse da coletividade, ou decorrentes da coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos. O segundo atributo desse direito é o da exclusividade, que, aliás, decorre do primeiro. Não pode a mesma coisa pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O art. 1.231 do Código Civil agasalha esse caráter exclusivo ao prescrever que “a propriedade presume-se exclusiva e ilimitada até prova em contrário”. Dos

dois atributos acima decorre o terceiro: a irrevogabilidade. Assim, uma vez adquirida a propriedade, de regra, não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário. A propriedade tem, pois, um sentido perpétuo, subsistindo independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva. Com a morte do proprietário transfere-se a propriedade a seus sucessores. Vejamos agora os elementos constitutivos da propriedade, que estão contidos na regra do art. 1.228 do Código Civil, que assim prescreve: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". O direito de usar, gozar e dispor dos bens corresponde aos atributos da propriedade romana: *jus utendi, fruendi et abutendi*. O *jus utendi* implica a possibilidade de usar a coisa segundo a vontade exclusiva do proprietário, o que afasta a idêntica faculdade em relação a estranhos. Pelo Código Napoleônico, o direito de propriedade "é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos".

O *jus fruendi* consiste no poder de colher os frutos naturais ou civis da coisa. O *jus abutendi* corresponde aos abusos do romano, não no sentido antissocial, comparável ao ato ilícito, mas no sentido de dispor da coisa, alienando-a ou consumindo-a. Aliás, a ideia de uso antissocial do domínio é simplesmente incogitável nos dias atuais. Para tornar efetivo o direito de usar, gozar e dispor da coisa, a lei assegura a seu proprietário o direito de reivindicá-la das mãos de quem quer que injustamente a detenha. Quanto aos fundamentos, temos algumas teorias que procuram esclarecer a natureza do direito de propriedade, bem como a legitimidade desse direito. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (2009) fez um resumo da matéria seguindo os estudos de Planiol e Ahrens:

a) Teoria de ocupação:

É a mais antiga, e sustenta que a ocupação seria o fundamento do direito de propriedade. Entretanto, sendo a ocupação apenas um modo de adquirir a propriedade, obviamente não basta para justificar o direito de propriedade; aquisição de direito pressupõe logicamente a preexistência desse direito capaz de ser adquirido. A própria realidade na esfera

internacional desmente a teoria. Ninguém ignora o fenômeno da expulsão e aniquilamento do povo indígena, primitivo ocupante da terra.

b) Teoria da lei:

É a defendida, entre outros, por Montesquieu, para quem a propriedade é concessão do direito positivo. É falha a teoria à medida que se funda na vontade humana. Assim como o legislador a instituiu poderia também suprimi-la. Daí a necessidade de colocar a propriedade acima da lei.

c) Teoria de especificação:

É a formulada pelos economistas, que afirmam que só o trabalho, criador único de bens, constitui título legítimo para a propriedade. Segundo Planiol, é falsa essa teoria, porque o trabalho deve ter por recompensa o salário e não a própria coisa por ele produzida. Conterá o germe da negação do direito de propriedade.

d) Teoria da natureza humana:

Essa teoria, que desfrutou e continua desfrutando grande prestígio entre os estudiosos, é a sustentada pela doutrina da Igreja Católica, segundo a qual a propriedade é inerente à própria natureza do homem; ela representa a condição de existência e de liberdade da criatura humana, constitui a garantia e expressão da individualidade humana, pressuposto e instrumento de desenvolvimento intelectual e moral do homem. A verdade é que o direito de propriedade fundamenta-se na lei que o consagra. Entre nós, ele sempre teve fundamento na Lei Maior, porque convencido o legislador constituinte de sua legitimidade e de sua conveniência, por representar uma necessidade (HARADA, 2005).

## **2 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE**

O direito de propriedade reveste-se das características de absolutismo, de exclusividade e de irrevogabilidade, sendo certo que os

dois primeiros caracteres estão contidos na norma do art. 1.231 do Código Civil, que declara que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Todavia, é fora de dúvida que o domínio vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, de conformidade com a nova ordem social que está surgindo na sociedade moderna, na qual a intervenção do poder público faz-se cada vez mais necessária para restringir a liberdade individual e subordinar o direito de propriedade às exigências do bem comum. Assim é que ao lado das restrições voluntárias (usufruto, servidões, cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, etc.) existem inúmeras limitações que decorrem da própria natureza das coisas, ou que são impostas por lei. As limitações que decorrem da natureza do direito, como ensina SILVIO RODRIGUES (1979), explicam-se através do recurso à noção de abuso de direito. O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes sob pena de cometer abusos e o ato deixar de ser lícito (art. 188, n. 1, *in fine*, do CC).

Citaremos algumas das limitações de ordem legal, sendo elas numerosíssimas, podendo ser ainda tanto encontradas no direito privado quanto no direito público. No direito privado encontramos aquelas concernentes ao direito de vizinhança, reguladas pelo Código Civil. Há também as limitações de direito público (urbanísticas e administrativas), tais como: as referentes à proteção do patrimônio histórico e artístico, nas três esferas governamentais (União, Estados e Municípios); aquelas estatuídas nos Códigos de Minas, de Caça, de Pesca e Florestal; as previstas nas leis de uso e ocupação do solo urbano e urbanizável, procurando conciliar o direito de propriedade com o interesse maior da coletividade, principalmente nas megalópoles; as voltadas para a proteção da ecologia e preservação ambiental; aquelas de natureza militar, que vão desde as restrições a transações imobiliárias nas faixas de fronteiras com outros países até a requisição de móveis e imóveis necessários às forças armadas e à defesa passiva da população (HARADA, 2005).

Enfim, existem, ainda, inúmeras limitações objetivando a proteção da lavoura, do comércio, da indústria, sem contar aquelas capituladas nas leis penais e eleitorais. Pode-se dizer, sinteticamente, que as restrições à liberdade do proprietário de dispor da coisa de maneira que melhor lhe aprouver atingem o caráter absoluto da propriedade; as servidões e

outras formas de uso de propriedade alheia limitam seu caráter exclusivo; as desapropriações, bem como as nacionalizações de bens estrangeiros, afetam o caráter da irrevogabilidade ou o caráter perpétuo da propriedade (HARADA, 2005).

### **3 A PROPRIEDADE AO LONGO DOS TEMPOS**

Vale a pena iniciarmos a evolução da propriedade ao longo dos tempos como uma fala do jurista MIGUEL REALE, que supervisionou a comissão elaboradora do 8º Código Civil de 2002. Sobre a propriedade ele afirma que:

A propriedade não é apenas uma disposição individual e singular de um indivíduo, mas é, ao contrário, algo que implica sempre a correlação de duas pessoas entre si, em função da necessidade social em geral, e é a razão pela qual, no projeto do Código Civil, aparece um novo conceito de posse. Se os senhores estudarem todos os Códigos, todos eles sem exceção, o alemão, o italiano, o francês, os senhores encontrarão apenas uma noção de posse: posse é a projeção do domínio, posse é o direito de detenção da coisa em razão do domínio que se possui, da legitimidade do domínio, e isso não há dúvida nenhuma, o núcleo da posse, a ideia de posse, é direito, é uma detenção da coisa.

Porém, é mister olhar as coisas com um pouco mais de atenção. Quando se toma posse de um terreno abandonado há muito tempo, e na maior da boa-fé nele se constrói uma casa para a morada da família, ou para a alimentação de seus filhos, para criar a sua horta, para ter o seu alimento, nós dizemos que há uma nova forma de posse, a posse pro labore, a posse trabalho. E entendendo assim, nós introduzimos no projeto do código o conceito de posse trabalho,

com repercussão fundamental em vários aspectos e momentos.

(...) a usucapião, por sua vez, é a aquisição da coisa pela sua utilização mansa e pacífica durante um certo tempo. Pois bem, em razão da diferença da posse trabalho, o projeto reduz pela metade o tempo necessário para que se dê usucapião. Uma coisa é ocupar a terra com o meu dinheiro, com a minha capacidade dominadora, e então obedecer o tempo de 20 anos. Mas se eu fiz, ao contrário, no exercício de uma posse de trabalho, a usucapião se opera pela metade do tempo. Estão vendo, portanto, que este código está cheio de inspiração ética.

Pois bem, desde tempos remotos, a propriedade tem sido alvo de atenção entre filósofos, economistas, juristas e estudiosos do tema, que têm em comum o objetivo de determinar sua origem, evolução, regime, função social e função individual. O certo é que a necessidade de demarcação de uma área acontecia quando havia reivindicação sobre essa área; e o Direito de Propriedade é o mais importante de todos os Direitos Subjetivos. A aquisição de bens sempre teve importância para o homem, ao atestar sua segurança. CARLOS ALBERTO BITTAR (1991, p. 55) leciona que:

Destinado a possibilitar a existência e a subsistência da pessoa na vida terrena e a respectiva perpetuação no tempo, através de sua descendência, o direito em questão tem suas raízes na Antiguidade, a partir da constatação de que ao homem era possível a submissão a seus interesses de coisas corpóreas suscetíveis de apropriação individual e de que a identificação da pessoa consigo mesma e com o cumprimento de seus desígnios somente seriam alcançados mediante a obtenção e a preservação de espaço e de bens próprios, postos a seu serviço.

CÉSAR FIÚZA (2007, p. 749) também refere que o instituto jurídico da propriedade se origina do Direito Romano, que o descrevia como *ius*



*utendi, fruendi et abutendi* – direito de usar, fruir e dispor. Em Roma, a propriedade só poderia ser adquirida por cidadão romano. Com a evolução do tempo, a propriedade veio a favorecer o expansionismo romano. Nesse sentido o autor nos diz que:

Passou-se a admiti-la fora dos muros da cidade. Mais adiante, foi estendido o direito a todos os habitantes do Império, independentemente de sua origem.

Os elementos constitutivos da propriedade se caracterizam por: *ius utendi* – direito de usar – compreende o direito que o titular tem de ter e usar a coisa, respeitando as limitações legais; *ius fruendi* – direito de gozar – consiste em fazer prosperar a coisa, em auferir-lhe os produtos; *ius abutendi* – direito de dispor – consiste no direito de dispor da coisa.

O conceito de propriedade privada foi desenvolvido entre os romanos e foi chamado de *dominium*. Esse conceito foi aplicado aos escravos e aos imóveis e deveria atender aos seguintes critérios para ser categorizado como *dominium*: estar dentro da legalidade, ser absoluto, permanente e exclusivo. LUIZ EDSON FACHIN (1981, p. 16) ensina que:

A conceituação do Direito de Propriedade constitui tema que trespassa o universo estrito do Direito Positivado, não conseguindo, pela sua natureza, minimizar-se diante de situações metajurídicas substanciais. Isto se revela na apreciação do elemento histórico e na constatação de que o conceito não existe isolado de um sistema.

Para CÉSAR FIÚZA (2001, p. 757), a propriedade pode ser definida como:

A situação jurídica consistente em uma relação dinâmica entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade.

J. M. OTHON SIDOU (1991) conceitua propriedade como “direito de usar, gozar e dispor das coisas dentro da sua função social, desde que se não faça delas uso proibido por lei, e de reavê-las de quem injustamente as possua”. O aludido autor nos ensina ainda que a propriedade se traduz no “direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicar de quem injustamente o detenha” (SIDOU, 1991, p. 642).

Há disciplinas diversas para a propriedade, segundo a sua potencialidade quanto à destinação econômica. O art. 185 da Constituição Federal estabelece serem inexpropriáveis, para fins de reforma agrária:

I - A pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.

II - A propriedade produtiva (CHINELATO; HIRONAKA, 2003, p. 92).

Para RUBENS LIMONGI FRANÇA (1998, p. 436):

Propriedade é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações, ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem.

O Direito de Propriedade é visto pela maioria dos estudiosos como um direito do homem, tal qual o direito à vida e à liberdade. O Direito de Propriedade, assim como outros Direitos Privados, deve ser visto sob o prisma de sua função social, descrita em consonância com a Constituição Federal, que dispõe em seu art. 5º, XXII, XXIII:

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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Nessa perspectiva, vale o comentário de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (2001, p. 79) que diz que a propriedade:

Cada vez mais perde o caráter excessivamente individualista que reinava absoluto. Cada vez mais se acentuará a sua função social, marcando a tendência crescente de subordinar o seu uso a parâmetros condizentes com o respeito aos direitos alheios e às limitações em benefício da coletividade.

#### **4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

O conceito de função social é, efetivamente, muito difícil de ser enunciado com precisão, dada a sua conotação abstrata. Mas dúvida não resta de que ela é ideia inarredavelmente instalada bem no âmago do conceito de direito de propriedade, vinculando-o, em definitivo, ao destino previsto por aquela funcionalidade (CHINELATO; HIRONAKA, 2003, p. 94).

Para CÉSAR FIÚZA (2007, p. 760):

A propriedade deve ser entendida; (...) vinculada a sua função social, embora a ideia em si não seja nova. Se um indivíduo pode dizer-se dono de algo, é porque os outros indivíduos não o são. A propriedade existe em função das outras pessoas. Ninguém é dono de nada, a não ser que viva em sociedade. E é a essa sociedade que se deve render tributos. Destarte, os direitos inerentes à propriedade não podem ser exercidos em detrimento da sociedade, contra as aspirações sociais. Com isso, limitou-se o gozo

absoluto da pessoa sobre a coisa, que não só fica impedida de usá-la em malefício dos demais, como fica obrigada a usá-la de acordo com as demandas do grupo social.

A função social da propriedade é tema bastante discutido e consagrado na Constituição de 1967, por causa do Estatuto da Terra, onde foi atrelado ao bem-estar coletivo: a Constituição de 1967 e a sua emenda de 1969 consagraram o princípio da função social da propriedade, de forma mais ampla, provavelmente porque já se encontrava promulgado o Estatuto da Terra (1964) que estabeleceu que “à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo, previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta lei (art. 12)”. Assegurou o estatuto da terra, ainda, o acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social (art. 2º) e determinou as sanções (art. 13) impostas à observância do ordenamento constitucional e da lei ordinária”. (CHINELATO; HIRONAKA, 2003, p. 91).

No Código Civil, especificamente no art. 1.228, está disciplinado que o “proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que a possua ou detenha”. Para ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON (2007):

Uma das mais significativas alterações promovidas pelo novo Código Civil no âmbito do direito da propriedade refere-se à forma de aquisição estabelecida nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, que não encontra paradigma na legislação pátria anterior. Cuida-se de modalidade aquisitiva absolutamente *sui generis*, pela qual certo número de pessoas (possuidores), preenchendo os requisitos da lei, passa a ter “direito de adquirir” imóvel alheio mediante pagamento de justa indenização, sempre sob a necessária e imprescindível intervenção judicial.

Vejamos na literalidade do Código Civil:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2006) entende que:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

ROGÉRIO CESTA LEAL (1998, p. 117) concorda que a função social da propriedade não deve ser entendida como uma limitação, mas, sim, “um princípio informativo do direito de propriedade que depende de melhor e constante explicitação (ampliativa e não limitativa) pelo legislador ordinário”. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2006, p. 121) afirma que a função social introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

Com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende à sua função social, implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento

qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas. Enfim, a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens (SILVA, 2006, p. 121).

Ao longo da evolução dos conceitos e do próprio Direito, a propriedade veio se constituindo elemento imprescindível para o modo de produção capitalista, representado pela conjugação entre o capital, isto é, a propriedade do empresário ou industrial, e a força física dos trabalhadores, que por sua vez trabalham na expectativa de amealhar bens, ou seja, constituir seu próprio patrimônio, sua propriedade.

Como consequência, a própria produção científica, durante anos, deu ênfase ao aspecto individual da propriedade, como instituto eminentemente de direito privado, cuja disciplina era regida principalmente pelo Código Civil de 1916, o qual conferia ao proprietário o poder de uso ilimitado e incondicionado sobre seus bens. Isto é, a propriedade servia apenas ao dono, e não tinha qualquer função instrumental na lida dos interesses públicos. Com o advento da noção de função social da propriedade, o pensamento que girava em torno do instituto paulatinamente se modificou. Por influência, já no século XX, do jurista Léon Duguit, a noção de função social, antes concebida por Augusto Comte, foi incorporada ao conceito de direito de propriedade. A partir de então, a noção do instituto passou a abranger a sua flexibilização, nos casos em que o bem não fosse utilizado de forma a atender, concomitantemente aos interesses do proprietário, os interesses coletivos (EVANGELISTA, 2013).

A propriedade que não cumpre sua função social perde seu caráter de intangível. Melhor dizendo, o ordenamento jurídico não aceita como legítima a propriedade que não cumpre sua função social e, assim, o Estado se vê munido dos fundamentos para a imposição do uso adequado, ou de outra destinação que implique na perda da propriedade. Sejam sucintos: a concepção de função social nasceu da noção de que, enquanto vivente em sociedade, o homem deve empregar esforços no sentido de dar sua

contribuição ao bem-estar da coletividade em detrimento dos interesses unicamente individuais. Neste contexto, erige-se a teoria da função social, segundo a qual “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira” (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

O transporte da teoria da função social para o âmbito do direito de propriedade evoca o dever atribuído ao proprietário de fazer uso de seus bens de forma a cumprir uma função social, ou seja, de forma que o exercício do direito de propriedade obedeça aos parâmetros legais e morais estabelecidos, no intuito de contribuir para o interesse coletivo.

Além do art. 5º da Constituição Federal, encontramos nos artigos 170, 182, 184, 186, a função social da propriedade, *in verbis*:

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

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o plano de desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações do trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos

trabalhadores.



A Carta Política de 1988, para efeito de execução da política de desenvolvimento urbano, confere ao Município a incumbência de definir a função social da propriedade urbana, como se depreende do art. 182 e seu § 2º. A propriedade cumpre a função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, impositivo para cidades com mais de vinte mil habitantes (§ 1º do art. 182).

A Constituição possibilita flexibilizar a definição de função social da propriedade urbana, que pode variar de um Município para outro, ou até mesmo de uma zona para outra zona do mesmo Município, tudo dependendo dos problemas e necessidades de cada comuna ou de cada zona de uso, que irão influir na elaboração do respectivo Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A propriedade rural, por sua vez, cumpre a função social quando preenche os requisitos dos incisos I a IV do art. 186 da CF, submetidos estes aos critérios e graus estabelecidos em lei. A Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em seu art. 9º, fixa esses critérios e graus completando a definição constitucional. Essa definição é igualmente flexível, à medida que o conceito de propriedade produtiva, que a integra, varia no tempo em função do progresso científico e tecnológico da agricultura e do desenvolvimento regional (art. 11). Do exposto, é possível concluir que a Constituição Federal inscreveu o princípio da função social para a propriedade em geral; inscreveu a propriedade privada e sua função social como um dos princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e definiu o conteúdo desse princípio em relação às propriedades urbana e rural. Sendo a função social matéria de ordem constitucional como atestado anteriormente, com efeito, vejamos sua importância enquanto princípio da ordem econômica, da política urbana, da política agrícola e fundiária.

a) Função social da propriedade como princípio da ordem econômica:

Segundo o artigo 170, da Constituição Federal, a ordem econômica encontra fundamento na valorização do trabalho humano e na livre

iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da propriedade privada e o da função social da propriedade. A propriedade, na condição de direito fundamental, está elencada como princípio da ordem constitucional econômica, tendo em vista estar fortemente relacionada à satisfação das necessidades humanas primárias. Com efeito, conforme leciona EDSON LUIZ PETERS (2009):

O direito de propriedade é condição sem a qual não se garante o direito maior à vida. Neste diapasão, se a finalidade da ordem econômica consiste em assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não se pode olvidar a propriedade, que garanta ao indivíduo o poder de uso e gozo sobre os bens de produção e consumo.

b) Função social da propriedade como princípio da política urbana:

O regime da política constitucional urbana decorre da associação entre os artigos 182 e 21, XX, ambos da Constituição Federal. Com base nos citados dispositivos, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei federal, *in casu*, a Lei nº 10.257/00 (Estatuto da Cidade), tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Evidencia-se no ordenamento constitucional os princípios da função social e da dignidade da pessoa humana, este sob a forma de bem-estar dos habitantes das cidades. Transportando para o âmbito da propriedade privada urbana, e tendo em mente a função social no sentido de dever genérico de colaboração para a consecução do interesse coletivo, pode-se facilmente relacionar a função social da propriedade urbana como instrumento para o alcance do objetivo traduzido na garantia do bem-estar dos habitantes (EVANGELISTA, 2013).

Assim, observa-se que a propriedade privada urbana resta igualmente vinculada à sua função social. Com efeito, o artigo 182, § 2º, da CF, impõe expressamente o atendimento da função social da propriedade, sob os parâmetros a serem fixados pelos planos diretores dos centros urbanos. O não atendimento da função social sujeita ao proprietário

sanções de caráter restritivo, como o parcelamento compulsório, edificação compulsória ou o imposto predial territorial urbano progressivo no tempo (artigo 183, I e II, da CF); ou até mesmo punições que importem na perda da titularidade sobre o bem, mediante indenização paga com títulos da dívida pública, como é o caso da desapropriação-sanção (artigo 183, III, da CF).

c) Função social da propriedade como princípio da política agrícola e fundiária:

O texto constitucional consagra expressamente a função social da propriedade rural, quando, em seu artigo 186, dispõe:

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O exercício da propriedade rural resta, portanto, condicionado ao cumprimento da função social que, in casu, manifesta-se no efetivo aproveitamento. Entretanto, o mero aproveitamento não basta por si só, mas necessita ser exercido de forma proveitosa ao interesse público (EVANGELISTA, 2013). Em última análise, o descumprimento da função social da propriedade rural tem como consequências a desapropriação-sanção prevista no artigo 184 da Constituição Federal, realizada para fins de interesse público (reforma agrária), mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos.

## **5 O DIREITO À HABITAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO CUMPRINDO SUA FUNÇÃO SOCIAL**

Inicialmente vale ressaltar que o direito à habitação é reconhecido como um direito humano na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948, art. 25, nº 1).

Segundo WASHINGTON CARLOS DE ALMEIDA (2013), o direito à habitação engloba não somente o direito a um teto, mas se amplia à concepção de ter acesso a uma habitação provida de infraestrutura. É um Direito concernente às necessidades primárias do ser humano, pois é fundamental para uma vida com dignidade. O direito à habitação, como ressaltam vários instrumentos internacionais, não se restringe apenas à presença de um abrigo, ou um teto, mas engloba uma concepção mais ampla. Este direito se estende a todos e, assim, toda a sociedade e cada um de seus membros têm de ter acesso a uma habitação provida de infraestrutura básica e outras facilidades, ou seja, acesso a uma habitação adequada (DIREITO À HABITAÇÃO, 2012). O direito à habitação assume grande importância em legislações nacionais e estrangeiras. Esse direito está estampado nos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos humanos. São muitos os órgãos que tratam desse assunto em seus dispositivos: Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção sobre todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; e, Protocolo

Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos – Protocolo de San Salvador (DIREITO À HABITAÇÃO, 2012).

A moradia e a sua garantia constituem uma busca do ser humano. Trata-se de um direito social, e nossas principais legislações mostram preocupação no cumprimento da propriedade como função social (ALMEIDA, 2013). O Direito da Habitação e o Direito à Habitação constituem direitos com objetivos diferentes. O Direito à Habitação trata dos direitos sociais e o Direito da Habitação trata do direito a um espaço de proteção.

Direito à Habitação enquadra-se no rol dos direitos econômicos e sociais. Esses direitos caracterizam-se, geralmente, por exigirem dos Estados maior atuação para que sejam implementados. Eles exigem um maior gasto de recursos para que existam na prática e saiam da teoria. Embora haja uma maior dificuldade em cobrar sua eficácia, os direitos econômicos, sociais não devem ser deixados em segundo plano, pois, como apregoa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Direitos Humanos são interdependentes e indivisíveis. Isto implica dizer que os direitos civis e políticos não sobrevivem sem os direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa (DIREITO À HABITAÇÃO, 2012).

A Constituição Federal inclui a “moradia” no elenco dos direitos sociais primordiais ao homem: “São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A moradia foi inserida na Constituição por meio de uma emenda que teve como escopo o tema amplamente discutido na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos – Habitat II, realizado em Istambul em 1996. Essa conferência teve o objetivo de discutir como e onde moram os habitantes da Terra (DIREITO À HABITAÇÃO, 2012).

O compromisso de aceitar de forma progressiva que se torne realidade o direito à moradia para todos foi firmado pelo Brasil e diversas outras nações. Programas especiais, objetivando examinar as soluções utilizadas para melhorar a qualidade de vida em centros urbanos, tendo

como critérios eficiência na reabilitação de áreas degeneradas, uso de desenvolvimento sustentado e grau de inovação, foram selecionados pela organização do evento. Afirmou-se, nesta conferência, que uma moradia adequada requer mais que um teto sobre a cabeça dos indivíduos. Uma moradia adequada também significa privacidade adequada, espaço adequado, acesso físico, segurança adequada, estabilidade e durabilidade estrutural, iluminação, aquecimento e ventilação adequados, infraestrutura básica adequada, como abastecimento de água e facilidades sanitárias e de coleta de lixo; qualidade ambiental saudável e adequada; localização adequada e acessível em relação ao trabalho e facilidades básicas, tudo em um custo razoável. A adequação deveria ser determinada de forma conjunta com as pessoas interessadas, tendo em vista um desenvolvimento gradual. A concepção de adequação varia entre os diversos países, dependendo de fatores culturais, sociais, ambientais e econômicos (DIREITO À HABITAÇÃO, 2012).

A partir da década de 1930, houve significativa mudança na política habitacional, assinalada pelo deslocamento de grande parte da população rural para os grandes centros urbanos. A moradia adequada passou a exigir medidas por parte do governo. Sob a ótica dos Direitos Fundamentais, a inclusão do Direito Moradia entre os Direitos Sociais “permitirá ao intérprete, nas questões da proteção à moradia, tratar do tema revestido da ótica constitucional, valorado pelo artigo 6º. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002, p. 172).

Esse direito, atualmente assegurado como Direito Social, veio consolidar a preocupação do Estado com a pessoa humana. Conforme INGO WOLFGANG SARLET (2001, p. 66):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inciso III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do

poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensões inerentes à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade (SARLET, 2001, p. 90-1).

## **6 CONCLUSÃO**

A moradia constitui uma das formas do cumprimento da função social da propriedade por meio da ocupação do solo e da criação de mecanismos que protegem o direito à habitação. O grande problema habitacional enfrentado no Brasil e a inserção no texto constitucional do direito à moradia são fatores determinantes para uma ação progressiva do Estado (ALMEIDA, 2013). A produção social do direito à moradia, regra e não exceção nas cidades brasileiras, logrou seu reconhecimento pelo Direito Positivo, tirando da “ilegalidade” a maior parte da população brasileira que vive em territórios informais, à margem da lei. Neste sentido, a ação estatal, seja o exercício da função administrativa, legislativa ou judicial para as favelas, e todos os assentamentos informais de baixa renda, deve ser revista, dirimindo qualquer conflito entre a lei e o direito à moradia, em favor deste (CARDOSO, 2010, p. 100). A condição econômica, que determina a informalidade do uso e ocupação do solo pela população de menor renda, de “problema de polícia” foi elevada a fundamento das políticas públicas urbanas. Depreende-se da breve introdução ao tema acima que o Direito de Propriedade, assunto amplo, um tanto filosófico, marcado por princípios como sua função social, possível de ser desapropriado também em função de necessidade e interesses coletivos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Art. 1.228, §§ 4º e 5º. In: **JORNADA DE DIREITO CIVIL, Conselho da Justiça Federal**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, Brasília: CJF, 2007. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm).

CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, São Paulo, 2010.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos**. E RTDC: Rio de Janeiro, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003.

DIREITO à habitação. **Rede de Direitos Humanos e Cultura**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/direito\\_hab.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/direito_hab.html).



EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. **A função social da propriedade e o conceito de princípio jurídico.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3628, 7 jun.2013. Disponível em:

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977.v. 6.1977.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1998.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo.** 10 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: DeI Rey, 2007.

HARADA, Kyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas.** 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **A junção social da propriedade e da cidade no Brasil.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 1998.

ONU. **Declaração Universal dos direitos do homem (1948).** Disponível em:  
<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHRTranslations/por.pdf>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PETERS, Edson Luiz. **Meio ambiente & propriedade rural.** Curitiba: Juruá, 2009.

REALE, Miguel. **O Projeto do Código Civil.** In: V Semana jurídica. Faculdades Adamantinenses Integradas. Adamantina: Omnia, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SIDOU, J.M. Othon: **Dicionário jurídico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Ação reivindicatória e tutela da propriedade**. Justiça Virtual. Disponível em: .

## **DISPENSA DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL: (IN)EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, BASE FUNDAMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.**

### **ANTONIO JOSE NUNES DOS SANTOS:**

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicada de Petrolina - FACAPE. Policial Civil do Estado de Pernambuco, chefe de investigação.

**Resumo:** O presente artigo abordará algumas incongruências, ou até violações a direitos fundamentais - tão arduamente conquistados -, que a aplicação da Lei dissociada da realidade social pode gerar, trazendo o entendimento moderno da doutrina e jurisprudencial mais recente dos Tribunais Superiores, que embora ainda minoritário acerca da questão da dispensa de fiança pela autoridade policial, merece uma reflexão crítica sobre a interpretação restritiva e inadequada do artigo 350 do código de processo penal, embasada em uma posição doutrinária mais consentânea com a realidade fática.

**Palavras – chave:** Direito Processual Penal. Princípio da presunção de inocência. Prisão em flagrante. Fiança. Intervenção mínima. Direito Penal do Equilíbrio.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípio da presunção de inocência: análise legal, doutrinária e jurisprudencial. 2. Prisão em flagrante. 3. Dispensa de Fiança 4. Liberdade provisória e natureza jurídica da fiança. 5. Do estado de Pobreza 6. Princípio da intervenção mínima e o Direito Penal do Equilíbrio. Conclusão.

---

### **Introdução**

Analisando a literalidade do artigo 350 do Código de Processo Penal, verifica-se que a doutrina e jurisprudência majoritária vêm fazendo uma interpretação restritiva e inadequada quanto à dispensa do pagamento de fiança ser de exclusividade do Juiz. O que se busca com o presente trabalho é demonstrar algumas incongruências do sistema penal a fim de evitar violações a direitos e garantias fundamentais, através de uma reflexão crítica, devendo sempre prevalecer o estado de inocência em detrimento do

ônus da prova acusatória, respeitando o princípio do devido processo legal, tendo em vista que a prisão deve ser medida excepcional (*ultima ratio*).

Em razão disso e tendo em vista o princípio da intervenção mínima do direito penal, busca-se defender que, indubitavelmente, o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos para que o preço pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (sem sentença definitiva) não seja muito alto e irreversível. Logo, busca-se, também, demonstrar que o Delegado de Polícia não só pode como deve dispensar o pagamento a título de fiança aos crimes de médio potencial ofensivo cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos, tão logo o autuado demonstre insuficiência financeira e preencha os demais requisitos do benefício.

### **1. Princípio da presunção de inocência: análise legal, doutrinária e jurisprudencial.**

O princípio da inocência está insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ou como alguns doutrinadores preferem, princípio da não culpabilidade. Segundo Lopes Junior (2012), a origem desse princípio estaria no Direito Romano quando teria surgido a regra do *in dubio pro reu*, em oposição à inquisição da Idade Média que distorcia e invertia seu fundamento de inocência.

Lopes Júnior acrescenta:

no Directorium Inquisitorum, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi prova e isso é suficiente para uma condenação.” (2012, p. 235).

Para Aury Lopes Jr, (2015, p.588), o principio da inocência impõem um verdadeiro dever de tratamento: interno e externo ao processo.

Internamente, seria um dever de tratamento que se exige que réu seja tratado como inocente, por isso o ônus da prova deve ser do acusador (pois se o réu é inocente, não teria que provar nada), e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda nessa mesma dimensão, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares, quando se prende alguém que não foi definitivamente condenado (trânsito em julgado).

Externamente, se busca proteger o réu contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce da mídia, e garantir os princípios constitucionais

referentes à imagem, dignidade e privacidade individual, limitando-se, dessa forma, as explorações midiáticas em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Ademais, somente em casos excepcionais se poderia admitir a prisão válida de alguém, existindo diversas formas de se conceder a liberdade de uma pessoa, a exemplo, a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF/88), àquele que infringir a lei.

Para adicionar, MARÇÃO (2011, p. 261) defende que a fiança é forma de garantia real que se presta com a finalidade de ter a liberdade de alguém restituída e para que assim permaneça durante o transcurso da investigação policial ou do processo criminal.

Em razão disso, busca-se defender que a Autoridade Policial não só pode, mas deve dispensar o pagamento a título de fiança, em sede de Delegacia, aos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos, tão logo o autuado demonstre insuficiência financeira e preencha os demais requisitos, tais como primariedade delitiva, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito (ainda que ocasionalmente). Isso porque restringir a liberdade de alguém apenas por não ter pago o valor da fiança equivaleria à prisão civil por dívida e portanto, flagrante violação aos princípios constitucionais fundamentais de civilidade e proteção da pessoa, assim como total desrespeito ao princípio basilar do direito processual penal: princípio da inocência ou da não culpabilidade.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido que a manutenção da prisão apenas pelo não pagamento de fiança mostra-se ilegal e constitui evidente constrangimento ilegal ao autuado, vejamos:

HABEAS CORPUS Nº 443.743 - SP  
(2018/0075810-1) RELATOR : MINISTRO NEFI  
CORDEIRO IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO  
ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADOS : DEFENSORIA  
PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CASSIANO  
FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO PACIENTE : GUSTAVO MORAES SANTOS  
(PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus, com  
pedido liminar, impetrado em favor de GUSTAVO

MORAES SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática dos crimes tipificados no art. 129, caput, e no art. 147 (por duas vezes), do Código Penal, no contexto de violência doméstica, nos termos da Lei n. 11.340/2006. A autoridade policial fixou a fiança no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). E, na audiência de custódia, esse valor foi majorado para R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). Impetrou-se habeas corpus no Tribunal de origem objetivando a dispensa da fiança arbitrada, e a ordem foi concedida em parte, para reduzir o valor dessa garantia judicial para R\$ 1.000,00 (um mil reais), por acórdão que tem a seguinte ementa (fl. 25): HABEAS CORPUS - Pretensa prática dos delitos de lesão corporal e ameaça, ambos no contexto de violência doméstica e familiar - Fiança - Redução do valor arbitrado para o importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais) - Imposição de outras medidas de natureza cautelar - Ordem concedida em parte com recomendação. O impetrante sustenta que o paciente encontra-se segregado há mais de 3 (três) meses unicamente em razão do não pagamento da garantia judicial, e que não possui condições financeiras de adimplir com o valor, visto que é pessoa pobre. É o relatório. DECIDO. A concessão de liminar em habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se constrangimento ilegal. A decisão que concedeu liberdade provisória e fixou a fiança, assim dispôs (fls. 43/47): "[...] Sem embargo do judicioso parecer Ministerial, não vislumbro nos autos os pressupostos e condições que autorizem a custódia cautelar do acusado. O fato de o crime ter sido praticado no contexto de violência doméstica não impede que seja concedido ao atuado o benefício da liberdade

provisória mediante pagamento de fiança, ainda que a lei permita a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Destarte, a prisão preventiva, como custódia cautelar, é medida sempre excepcional. Desta forma, deve se amoldar às hipóteses previstas no artigo 312 do CPP. Sem embargo das condições pessoais do acusado, que, aparentemente ostenta uma periculosidade exacerbada que demonstra não ter desenvolvido freios inibitórios, a ordem pública não se mostrou abalada pelo fato praticado. Pelo total da pena aplicada em abstrato aos crimes imputados, conforme prescreve a lei processual, mas sem prejuízo de reavaliação, após a esmerada apuração das circunstâncias fáticas no decorrer da instrução, da tipicidade penal, neste momento sumário de cognição, mostra-se cabível aplicar as medidas cautelares diversas da prisão. Malgrado as evidentes condições econômicas desfavoráveis do acusado, mas diante dos seus péssimos antecedentes elevo a fiança arbitrada pelo I. Delegado de Polícia para o valor de R\$ 3.500,00. Considera-se, ainda, para justificar a elevação, a presença da sua periculosidade, conforme bem destacou o DD. Representante do Ministério Público, e, considera-se, também, a natureza das infrações praticadas em núcleo doméstico e decorrente de relações familiares e, por último, a vida pregressa do acusado que tem, repita-se, péssimos antecedentes relacionados à crime contra a vida e condenação por crime hediondo, ficando condicionado a expedição do alvará ao pagamento da fiança ora arbitrada, sem prejuízo das outras medidas abaixo impostas. Assim, diante de todo o exposto, concedo ao acusado o benefício da liberdade provisória, nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal, devendo o acusado comparecer no primeiro dia útil seguinte cartório à soltura para

informar endereço e para trazer documento original com foto e ser submetido às medidas cautelares do artigo 319 do CPP em seus incisos: I - comparecimento a cada dois meses em juízo; II - proibição de acesso a bocas de fumo, pontos de tráfico e similares, bares, lupanares, e similares; III - proibição de manter contato com as vítimas e testemunhas do processo; IV - proibição de ausentar-se da comarca sem comunicar o juízo, podendo ausentar-se mediante prévia autorização judicial; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga 4; VIII - pagamento de fiança no valor acima arbitrado, sob pena de, no descumprimento ser-lhe decretada prisão preventiva à luz do artigo 312 do mesmo diploma legal. Quanto às vítimas e à testemunha, concedo desde já as medidas protetivas constantes da Lei 11.340/06, artigo 22, II e III, alíneas a, b e c. Não havendo óbice na utilização de sistema de gravação audiovisual em audiência, todas as ocorrências, manifestações, declarações entrevistas foram captados em áudio e vídeo, conforme identificado, anexado e autenticado pelos presentes neste termo. Nada mais. Eu Eduardo Aparecido Pimentel, digitei." Como se vê, ainda que tenha sido reconhecida a condição financeira desfavorável do paciente, foi elevado o valor da fiança fixada pela autoridade policial para R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), e, mesmo havendo a redução desse valor para R\$ 1.000,00 (um mil reais) pelo Tribunal de origem, o paciente não pagou a garantia judicial. O tempo de prisão concretamente cumprido desde o dia 27/12/2017, ou seja, mais de 3 (três) meses, evidencia a hipossuficiência do réu, sendo pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o inadimplemento da fiança arbitrada não pode, por si só, legitimar a custódia do paciente, devendo ser



observada a disciplina estatuída no art. 350 do CPP . A propósito do tema, confirmam-se os seguintes precedentes: HC 113.276/PI, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Dje 21/02/2011; HC 44000/RS, Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, DJe 05/02/2005; HC 383053/RS, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 02/03/2017; RHC 76689/DF, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Dje 07/12/2016. Ante o exposto, defiro a liminar, para a soltura do paciente, GUSTAVO MORAES SANTOS, isentando-o do pagamento da fiança, com fundamento no art. 350 do CPP, sem prejuízo de decisão fundamentada de outras medidas cautelares penais diversas de prisão. Comunique-se, com urgência, enviando cópia desta decisão e solicitando informações. Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de abril de 2018. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator

(STJ - HC: 443743 SP 2018/0075810-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 19/04/2018).

Ainda nesse mesmo sentido,

HABEAS CORPUS Nº 369.449 - TO (2016/0229745-6) RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS PACIENTE : JÚLIO CESAR GANÇALVES VIEIRA (PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de JÚLIO CESAR GANÇALVES VIEIRA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Consta dos autos que o paciente

foi preso em flagrante no dia 18/7/2016, pela prática, em tese, de crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal. Discorre a impetrante que a autoridade policial condicionou a liberdade do acusado ao pagamento de fiança arbitrada em R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), a qual não fora paga em razão da hipossuficiência financeira do acusado. Posteriormente, fora requerida isenção do pagamento da referida fiança, e ao proferir seu decisum, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tocantinópolis/TO, tão somente, reduziu o valor pela metade, fixando-a em R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais). Sem condições de arcar com a fiança, o paciente impetrou habeas corpus na origem, o qual teve a ordem denegada (e-STJ, fls. 47/51). Daí o presente mandamus, em que a Defensoria Pública alega que é "inconcebível que o paciente, sem antecedentes criminais, acusado de suposto furto tentado, crime considerado pelo atual ordenamento jurídico como delito de pouca gravidade, permaneça preso em razão de sua condição financeira". Aduz que "a liberdade do paciente está condicionada ao pagamento da fiança, mesmo sendo juridicamente pobre, assistido pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins, cuja verificação comprova-se no fato de ter sido a fiança arbitrada há mais de um mês e ainda permanece sem o devido pagamento por absoluta impossibilidade financeira, pois, obviamente, se tivesse condições financeiras, já estaria em liberdade" (e-STJ, fls. 1-11). Requer, em liminar, a imediata expedição do alvará de soltura em favor do acusado. É o relatório. Decido. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando

constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, verifica-se que o pedido formulado reveste-se de plausibilidade jurídica, sendo o caso de deferir a medida de urgência. Com efeito, embora tenha sido reconhecida a desnecessidade da custódia cautelar do paciente, ele continua custodiado em razão do não pagamento da fiança arbitrada no valor de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais). Em um juízo de cognição sumária, entendo não ser razoável manter o paciente preso cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, especialmente quando se alega impossibilidade de o fazer e estão ausentes os requisitos exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Note-se que o paciente é assistido pela Defensoria Pública, portanto, presumivelmente pobre, sendo o caso de aplicação do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal. Sobre o tema: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO SIMPLES. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA COM ARBITRAMENTO DE FIANÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. APLICAÇÃO DO ART. 350 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. [...] 2. Ausentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, configura constrangimento ilegal a prisão do paciente com base unicamente no não pagamento da fiança. Precedentes. 3. A teor do art. 350 do Código de Processo Penal, nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 daquele diploma e a outras medidas cautelares, se for

o caso. 4. Ordem concedida para, ratificando a liminar, garantir ao paciente a liberdade provisória, independentemente do recolhimento da fiança, salvo se preso por outro motivo, e sem prejuízo das demais medidas cautelares impostas."(HC 348.146/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. FIANÇA NÃO PAGA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Com o advento da Lei n.º 12.403/11, externaram-se os comandos constitucionais que identificam na prisão provisória o caráter de ultima ratio. 2. In casu, existe manifesta ilegalidade, na medida em que o paciente permanece custodiado única e exclusivamente em razão do não pagamento da fiança arbitrada no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). 3. Afigura-se irrazoável manter o réu preso cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, especialmente quando se alega impossibilidade de fazê-lo e o juízo não apontou qualquer dado concreto que demonstre a necessidade da medida extrema. 4. Note-se que o paciente é presumivelmente pobre, sendo caso de aplicação do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal. 5. Ordem concedida, confirmando a liminar deferida, a fim de garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é o caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade."(HC

353.167/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016) À vista do exposto, defiro a liminar para conceder, até o julgamento definitivo deste habeas corpus, liberdade provisória ao paciente, sem pagamento de fiança, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal e a outras medidas cautelares, a critério do Juízo de Primeiro Grau, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso. Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada, de forma fundamentada, sua necessidade. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tocantinópolis/TO. Posteriormente, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 24 de agosto de 2016. Ministro RIBEIRO DANTAS Relator

(STJ - HC: 369449 TO 2016/0229745-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 29/08/2016)

## **2. Da Prisão em Flagrante**

O artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, afirma: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. A primeira parte desse inciso, trata-se da prisão em flagrante, regulamentada nos artigos 301 e seguintes do CPP.

Para o processualista Aury Lopes Jr, a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial (2015, p. 607), que não está dirigida a garantir o resultado final do processo.

Nesse caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior com a homologação da prisão ou seu relaxamento.

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade e da presunção de inocência, a prisão de qualquer pessoa deve ser apresentada

imediatamente ao Delegado de Polícia, o qual, analisando as circunstâncias do fato, sua materialidade e autoria, decidirá se é caso ou não de prisão em flagrante, podendo instaurar o inquérito policial pelo auto de prisão em flagrante ou instaurá-lo mediante portaria, ou ainda relaxar a prisão por atipicidade ou quando houve infundada justificativa de autoria e materialidade.

Por isso, a autoridade policial deve servir, também, de filtro processual sendo o primeiro garantidor da legalidade e de justiça na função de assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, além de conter excessos do poder punitivo estatal, seja contendo extrapolações seja em proteger a injustiça.

Nesse mesmo pensamento, Cleopas I. Santos, afirma que “o respeito aos direitos fundamentais do cidadão é dever de toda autoridade e seus agentes”.

Partindo dessa premissa, não haveria qualquer razão, lógica ou jurídica, para que o Delegado de Polícia fosse impedido de dispensar a fiança, quando a situação econômica do autuado assim recomendasse, mas estivesse autorizado a aumentá-la e reduzi-la. Além disso, o art. 350 pode ser aplicado por analogia ou interpretação extensiva, como autorizado pelo art. 3º do CPP, tudo com o fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais do imputado.

### **3. Dispensa de Fiança**

A doutrina majoritária entende que a autoridade policial pode reduzir o valor da fiança de 1/3 a 2/3 ou ainda, aumentá-la de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos (art. 325, I, CPP); além de ter que considerar a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade... (art. 326, CPP), mas estaria proibido de dispensar o pagamento de fiança, mesmo nos casos em que o autuado seja hipossuficiente economicamente e preencha os requisitos da dispensa, em razão do artigo 350 do código de processo penal de 1941, cuja redação restringe que só caberia a dispensa pelo juiz.

É mister lembrar, ainda, que o atual artigo 325 do CPP, alterado pela redação da Lei nº 12.403/2011, não faz nenhuma restrição ao delegado de polícia sobre a possibilidade de também poder dispensar a fiança do preso pobre, ao contrário, ampliou ainda mais, tendo em vista que praticamente todos os incisos e parágrafos do art. 325 é comumente aplicado pela

autoridade policial, com exceção apenas do § 1º, I, pois o referido inciso busca a redação desatualizada do artigo 350 do CPP, em total desarmonia com a moderna sistematização do Direito Penal, apresentando incongruência em relação ao garantismo penal (no sentido de Estado Democrático de Direito). (Ferrajoli, 2001, p. 132).

Vejamos o entendimento de MONTEIRO (2011):

No que tange à dispensa da fiança pelo delegado, apesar de entendermos que não há óbice lógico ou finalista que a obstaculize, verifica-se que a dispensa poderia ter sido permitida pela nova redação do art. 350 do CPP, todavia, ao se reportar tão só ao juiz, tecnicamente está impedida a autoridade policial em promovê-la. A crítica que fica é que não há razão jurídica para tanto. Não há nada de sobrenatural na avaliação da capacidade econômica de uma pessoa poder ou não pagar para responder ao processo em liberdade. Fazendo jus à fiança e constatada a miserabilidade, deve-se por o preso pobre o mais rápido possível em liberdade, sob pena de afrontar o art. 5º LVI, CF. Qualquer defesa em contrário fere a ordem constitucional e soa mais como capricho ou vaidade que como qualquer razão juridicamente plausível para justificar a impossibilidade da dispensa da fiança pela autoridade policial, ainda que com espeque na competência exclusivamente judicial para impor os deveres dos arts. 327 ou 328 CPP (que muitos delegados já impõem quando da concessão da fiança).

Sobre isso, "quem pode o mais pode o menos", se o delegado tem o poder de autuar uma pessoa por infração penal ou deixar de autuá-la, podendo, ainda, aumentar ou diminuir o valor da fiança, muito mais pode dispensa o pagamento de fiança do hipossuficiente que preencha os requisitos da liberdade provisória, e ausentes os requisitos da prisão preventiva; Bastando para isso a aplicação do artigo 3º do próprio código de processo penal (interpretação extensiva e analogia), ou ainda, uma simples alteração do artigo 350 do CPP, onde se lê juiz, deveria se ler autoridade (policial ou judicial), como o fez a Lei nº 12.403/2011, sobre as medidas cautelares diversas à prisão.

Vale salientar que se busca que a autoridade policial possa cumprir os requisitos legais de interesse do preso, previamente regulamentados no CPP, minimizando os abusos e violações ao princípio mais importante do direito processual penal e da própria carta Magna federal, a saber, o

Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, haja vista o requisito ser um direito subjetivo do autuado, não estando o delegado de polícia violando a sistemática jurídica.

#### **4. Liberdade Provisória e natureza jurídica da fiança**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXVI, afirma que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”; no artigo 304 do CPP, quando apresentado o preso a autoridade competente, esta deverá, entre outras medidas, mandar recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livra-se solto ou de prestar fiança... (art. 304, caput e § 1º, CPP).

Nota-se que a doutrina classifica a fiança de formas semelhantes, ainda que com outras conotações. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, é uma espécie de garantia real ou caução com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade mediante caução (TOURINHO FILHO, 2009, p. 655)

Para Guilherme de Souza Nucci, espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança – caução jidejussória – para assegurar que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se em caso de condenação, seria a autêntica fiança (NUCCI, 2008, p. 624-625).

Nesse contexto, um dos principais objetivos da fiança é de restituição da liberdade em caso de prisão, exercendo uma função de contracautela, ou ainda, espécie de liberdade provisória substituta da prisão em flagrante (OLIVEIRA, 2011, p. 514).

Para atender ainda mais os parâmetros de garantismo do sistema penal, bem como reduzir o número de encarceramento no país, foi criada a Lei 12.403/11, a qual ampliou o rol de medidas cautelares diversas à prisão e estendeu a aplicabilidade da fiança em várias hipóteses, tornando a fiança medida de natureza híbrida, como entende a maioria da doutrina, não sendo mais apenas uma contracautela à prisão em flagrante, mas também uma medida cautelar alternativa autônoma à prisão na forma do artigo 319, VIII, CPP.

#### **5. Do estado de pobreza**

Por fim, é correto afirmar que a avaliação do estado de pobreza do autuado pode ser perfeitamente atestado pela autoridade policial, é o entendimento da melhor doutrina e o que declara o artigo 32, §§ 1º e 2º do CPP.



Nesse diapasão, veja o comentário de QUEIROZ (1993):

Ora, se o CPP considera pobre, consoante o § 1º do artigo 32" a pessoa que não puder prover às despesas do processo, nem privar-se dos recursos, indispensáveis ao próprio sustento ou da família", sendo "prova suficiente da pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição reside o ofendido", nos exatos termos do § 2º do mesmo artigo, ninguém melhor que o Delegado do Polícia para dispensar o pagamento de fiança em casos de evidente injustiça econômica, posto que em parte destinada ao pagamento das custas.

### **6. Princípio da intervenção mínima e o Direito Penal do Equilíbrio**

Nas palavras de Muñoz, o Direito Penal deve se preocupar com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, o poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pela intervenção mínima para somente intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos, devendo as perturbações mais leves do ordenamento jurídico ser objeto de outros ramos do direito. (Muñoz Conde, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 59-60).

Daí o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal que tem relação direta com o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) que orienta e limita o poder incriminador do Estado sendo as duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

(GREGO, 2017, p. 99)

Em suma, a teoria do Direito Penal Do Equilíbrio busca uma posição intermediária entre dois pontos extremos: o abolicionismo penal (extinção do Direito Penal) e rigoroso e exacerbado do poder punitivo da lei em sentido amplo (aplicação de um Direito Penal máximo).

Por fim, a doutrina ressalta que para a plena aplicação do Direito Penal do Equilíbrio, devem ser observados os princípios: da intervenção mínima, lesividade, adequação social à medida, insignificância, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

## Conclusão

O art. 350 do Código de Processo Penal traz a hipótese de liberdade provisória, a partir da dispensa de fiança aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não seja superior a 4 (quatro) anos, quando se verificar que o preso hipossuficiente economicamente preencha os requisitos para concessão do benefício e estejam ausentes os pressupostos da prisão preventiva.

Não obstante os Tribunais Superiores e grande parte da Doutrina entendam que a manutenção da prisão simplesmente pelo não recolhimento do pagamento da fiança constitui abuso e constrangimento ilegal, não sendo aceito o pretexto de que é para garantia da ordem pública, tendo em vista que se deve respeitar, além do estado de inocência o devido processo legal.

Trata-se, portanto, de princípios orientadores do direito processual penal moderno aliado ao atual sistema garantista, tudo com o fito de se evitar a intervenção desnecessária e desproporcional do direito penal, tendo em vista que a prisão deve ser a *ultima ratio*, conduzindo, dessa forma, a coibir severas incongruências e injustiças.

Defende-se, dessa forma, que se tratando de liberdade e garantias individuais se busque o entendimento que seja mais favorável ao autuado, por isso o Delegado de Polícia não somente pode como deve dispensar o pagamento de fiança ao hipossuficiente economicamente que atenda os requisitos da dispensa, através de interpretação extensiva do artigo 350 do CPP, ou ainda simples alteração do referido artigo para atender a finalidade do moderno sistema penal brasileiro, retirando-se da exclusividade da aplicação apenas do Juiz, pois o que está em jogo é o direito subjetivo do autuado.

Assim, deve o aplicador do Direito, como já é entendimento de uma boa doutrina, ante os pressupostos da liberdade provisória sem fiança, reconhecer que a autoridade policial é parte legítima para agir como garantidor do artigo 350 e restituir a liberdade do autuado.

## Referências

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 26ª ed. São Paulo: Rideel, 2018

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. Saraiva: São Paulo, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Murilo Cezar Antonini. **Dispensa da fiança pela autoridade policial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3421, 12 nov. 2012. Disponível em: . Acesso em: 1 jun. 2018.

\_\_\_\_ **Superior Tribunal de Justiça. 2018. Habeas Corpus nº 443743 – SP (0075810-1)** disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568718942/habeas-corpus-hc-443743-sp-2018-0075810-1>>, acesso em 19.05.2018.

\_\_\_\_ **Superior Tribunal de Justiça. 2016. Habeas Corpus nº 369449 – TO (0229745-6)** disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468192086/habeas-corpus-hc-369449-to-2016-0229745-6>>, acesso em 19.05.2018.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Jus Podivm. 2012, pg. 670.

ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías Santos. **Delegado de Polícia em Ação**. Juspodvum. 2014. P. 253.

<https://jus.com.br/artigos/45375/delegado-de-policia-e-a-dispensa-da-fianca>, acesso em 20.05.2018.

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18830&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18830&revista_caderno=22), acesso em 05.06.2018.

## O DISCURSO DO DIREITO PENAL DESIGUAL

**VANTUIR GALVÃO MELO SOUZA:**

Bacharel em Direito pela UDF Centro Universitário do Distrito Federal e advogado militante na área criminal.

**RESUMO:** Este trabalho de curso visa demonstrar e analisar os pontos mais importantes acerca das correntes de política criminal que discutem a necessidade e eficácia da maior ou menor intervenção do direito penal nos conflitos sociais, sobretudo das que se baseiam em uma política de Direito Penal Máximo, mas principalmente sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, membro mais agressivo desse seguimento e que está mais em voga na atualidade. O objetivo é averiguar em que medida a implementação dessas medidas é realmente capaz de cumprir o papel a que se propõe, qual seja, o enfrentamento da criminalidade presente na sociedade moderna e a conseqüente geração de paz social. A questão principal gira em torno da legitimidade das leis que apresentam características da teoria do Direito Penal do Inimigo, demonstrando-se, para tanto, as raízes sistêmicas e filosóficas desta teoria, as causas que influenciam sua adoção como medida de enfrentamento da violência e as conseqüências que pode trazer para o cenário da segurança pública e da segurança jurídica. Para este trabalho, a metodologia aplicada foi embasada no método dedutivo, com apresentação de entendimentos legais e doutrinários advindo de obras notadamente reconhecidas.

**Palavras-chave:** Direito Penal Do Inimigo. O discurso do Direito Penal Desigual. Direito Penal máximo. Mimetismo e violência. Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** Through literature research, with access to the work of GuntherJakobs, periodicals and books, this course work aims to demonstrate and analyze the most important points about the current criminal policy that discuss the need and effectiveness of greater or lesser intervention of law criminal in social conflicts, especially those that are based on a policy of criminal Law Max, but mostly on the Theory of the Criminal Law of the Enemy, more aggressive member of the track and that is more in vogue nowadays. The aim is to ascertain to what extent the implementation of these measures is actually able to fulfill the

role to which it is proposed, namely, the confrontation of this crime in modern society and the consequent generation of social peace. The main issue revolves around the legitimacy of laws that have features of the theory of the Penal Law of the Enemy, showing up for both, systemic and philosophical roots of this theory, the causes that influence its adoption as a means to combat violence and consequences it may bring to the stage of public safety and legal certainty. For this work, the methodology used was based on the deductive method, presenting legal and doctrinal understandings arising notably recognized works

**Key words:** Criminal Law The Enemy. Speaking of Criminal Law Desigual. Criminal Law fullest. Mimicry and violence. Unconstitutional.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 PRINCIPAIS DISCURSOS IDEOLÓGICOS DE POLÍTICA CRIMINAL. 1.1 ABOLICIONISMO PENAL. 1.2 DIREITO PENAL MÍNIMO. 1.3 DIREITO PENAL MÁXIMO. 1.3.1 Principais discursos maximalistas. 1.3.1.1 Tolerância zero. 1.3.1.2 Teoria das janelas quebradas (the broken windows theory) . 1.3.1.3 Three strikes and you are out. 1.3.1.4 Direito penal do inimigo. 2 O INIMIGO DO DIREITO: PERSPECTIVA HISTÓRICA. 3 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 3.1 CONCEITO. 3.2 FUNDAMENTOS. 3.2.1 Fundamentos filosóficos. 3.2.2 Fundamentos sistêmicos. 3.3 CARACTERÍSTICAS. 3.3.1 O cidadão e o inimigo como tipos de autor do direito penal. 3.3.2 Duplo sistema de imputação. 4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA. 4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. 4.1.1 Regime disciplinar diferenciado. 4.1.2 Crimes hediondos. 4.1.3 Lei do abate. 4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CÓDIGO PENAL. 4.2.1 Circunstâncias judiciais desfavoráveis. 4.2.1.1 Antecedentes. 4.2.1.2 Personalidade do agente. 4.2.1.3 Conduta social. 4.2.2 Reincidência como agravante de pena. 5 INAPLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DO MODELO PRINCÍPIOLÓGICO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO ESTATAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

A criminalidade se faz presente de uma maneira mais proeminente no cotidiano da sociedade brasileira. Com isso, a mídia naturalmente despende mais atenção ao problema da criminalidade.

De fato, a criminalidade desperta o interesse da sociedade, e, agora, com mais intensidade devido às facilidades com que são divulgadas as informações por diversos meios de comunicação de massa. Os comunicadores, muitas vezes profissionais que não possuem o conhecimento técnico para tratar do tema, criticam o sistema penal e propõem soluções aos problemas a ele inerentes.

Assim, em se tornando o direito penal midiático, a sensação de insegurança pode aumentar ainda mais e, conseqüentemente, gerar um clamor social de justiça através da adoção dos apelos veiculados pelos comunicadores de massa, que normalmente pugnam pelo enrijecimento do sistema penal.

Consolida-se na sociedade o entendimento segundo o qual a repressão penal deve ser prioridade para a solução do problema da criminalidade.

Nesse cenário, a sociedade espera que a paz social seja atingida por meio da penalização máxima, vale dizer, aumentar a quantidade de condutas tipificadas pelo direito penal e flexibilizar ou extinguir as garantias penais e processuais penais. E mais, as penas impostas às infrações, segundo essa proposta, só se prestariam à função de prevenção e repressão do crime se aplicadas da maneira mais dura possível.

A motivação para a realização deste estudo partiu, portanto, da notoriedade que as políticas criminais, que pugnam pela máxima utilização do direito penal na prevenção e redução da violência, ganharam nos últimos anos. Assim, o objetivo principal deste trabalho é investigar, com o apoio de renomados penalistas, se essas políticas criminais são realmente eficazes na redução da criminalidade ou, ao contrário, combatem apenas os sintomas dos problemas.

Com o intuito de demonstrar as consequências, nos planos concreto e jurídico, da adoção de medidas de política criminal baseadas na Teoria do Direito Penal do Inimigo, esta monografia pretende responder as seguintes principais perguntas: o endurecimento do sistema penal como um todo, com o conseqüente aumento de condutas incriminadas, com o recrudescimento das penas e a flexibilização ou extinção das garantias penais e processuais penais, se mostra realmente eficaz ao enfrentamento da violência? Quais as consequências, na prática, da adoção dessas medidas? A questão central é saber: por que há uma inclinação social no sentido de se punir mais e da forma mais rigorosa possível?

Para responder a estas questões, serão apresentados, analisados e discutidos os outros dois principais discursos de política criminal que advogam pela maior ou menor intervenção do direito penal nos conflitos, o Abolicionismo e o Minimalismo Penal, e os principais argumentos que gravitam em torno destes discursos, apontando seus pontos positivos e negativos.

Dentro das várias correntes ideológicas existentes dentro do segmento de Direito Penal Máximo, se analisará de maneira mais pormenorizada a Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs, pois é a que mais se encontra em voga, ganhando bastante notoriedade no contexto atual em que a violência se faz presente no cotidiano das sociedades modernas de forma mais acentuada.

Assim, espera-se que a comparação das políticas de Direito Penal Máximo com outras ideologias de política criminal (Abolicionismo e Minimalismo) permita demonstrar qual delas se coaduna com o modelo de um Estado materialmente Democrático de Direito e sua conseqüente principiologia limitadora do poder punitivo estatal, bem como a resposta que cada uma delas apresenta aos anseios sociais.

Em uma perspectiva histórica, será demonstrado que os fundamentos filosóficos e sistêmicos que embasaram as políticas de Direito Penal Máximo, sobretudo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, encontram-se presentes em expressões remotas, cujos fundamentos filosóficos e

sistêmicos são semelhantes – se não idênticos – a ideia de um inimigo do Estado que merecia um tratamento penal diferenciado.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial de máxima penalização, não restou incólume às políticas de Direito Penal Máximo, sendo que várias leis foram elaboradas no afã de dar uma consequência jurídica mais rígida a uma determinada espécie de criminalidade.

### 1 principais discursos ideológicos de política criminal

Os assuntos que gravitam o direito penal há muito tempo despertam o interesse da sociedade. O crime e a criminalidade sempre foram explorados pela mídia, mas hodiernamente tem sido mais, mormente pela facilidade com que são divulgadas as informações através dos diversos meios de comunicação de massa.

Notícias relacionadas de alguma forma com criminalidade são publicadas à exaustão. O fato criminoso, o agente do fato e as vítimas são temas de pauta de uma boa parte – quando não da totalidade – do espaço dos programas de televisão, jornais, revistas, rádio e conteúdo da *internet*.

Os comunicadores, profissionais que na maioria das vezes não são os mais habilitados para tratar do tema, chamaram para si a responsabilidade de criticar o sistema penal e, como se não bastasse, propõem soluções aos problemas criminais.

Atualmente, a criminalidade realmente se faz presente de uma maneira mais acentuada e, conseqüentemente, os meios de comunicação dão destaque aos temas criminais, explorando ao máximo a veiculação de imagens relacionadas ao problema da segurança pública no país.

Dessa forma, a sociedade, amedrontada, tende a concordar com os apelos veiculados pelos comunicadores de massa e passa aderir às teses por eles defendidas, que normalmente pregam a maior criminalização de condutas, o recrudescimento das penas e a extinção de garantias processuais penais.



De fato o discurso penal agrada a sociedade, que deposita suas esperanças em relação à segurança pública prioritariamente no direito penal. Com isso, passa-se a consolidar um entendimento na sociedade segundo o qual o direito penal deveria amparar um amplo espectro de bens jurídicos, pois a repressão penal seria a forma mais eficaz de se enfrentar a criminalidade.

Nessa esteira, o direito penal moderno passa a pugnar por uma penalização máxima, como se os problemas sociais pudessem ser resolvidos por intermédio do direito penal, aplicado da forma mais severa, tanto quanto possível.

Três principais movimentos ideológicos de política criminal discursam acerca da necessidade, em termos quantitativos, da atuação do direito penal nos conflitos sociais: o Abolicionismo, o Direito Penal Máximo e o Direito Penal Mínimo.

Vale antecipar que, dessas correntes ideológicas, o Direito Penal Máximo está mais em voga, pois as políticas criminais atuais tendem a incorporar princípios orientadores dessa corrente dogmática. Contudo, as teses dessa corrente popular devem ser confrontadas com estudos técnicos sobre a efetividade a que se propõe, qual seja, gerar paz social por meio do recrudescimento do sistema penal. É o que este trabalho se propõe a fazer.

Assim, também faz-se necessário uma análise, ainda que em apertada síntese, dos outros principais discursos que se encontram em situação diametralmente opostas ao direito penal máximo – o Abolicionismo e o Direito Penal Mínimo – para que, ao final, possamos optar racionalmente por uma delas.

### 1.1 ABOLICIONISMO PENAL

O Abolicionismo Penal, também denominado Política Criminal Verde, fundado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, advoga pela deslegitimação do direito penal, pois se baseia no fundamento filosófico segundo o qual as instituições estatais devem atender um anseio da

humanidade que é buscado a séculos, qual seja, a diminuição do sofrimento das pessoas.

A crueldade do direito penal, a sua seletividade, a incapacidade de cumprir com as funções atribuídas às penas, a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra<sup>[1]</sup>, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar a tese abolicionista<sup>[2]</sup>.

Conforme destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

“Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológica-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista de Michel Foucault”.<sup>[3]</sup>

Louk Hulsman, um dos expoentes do movimento abolicionista, assevera:

“Não se costuma perder tempo com manifestações de simpatia pela sorte do homem que vai para a prisão, porque se acredita que ele fez por merecer. ‘Este homem cometeu um crime’ – pensamos; ou, em termos mais jurídicos, ‘foi julgado culpado por um fato punível com pena de prisão e, portanto, se faz justiça ao encarcerá-lo’. Bem, mas o que é um crime? O que é um ‘fato punível’? Como diferenciar um fato punível de um fato não punível?

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido em um lugar ao invés de outro, ou em uma determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarado pelo que fez ou pelo que é”[4].

A concepção de Louk Huslman advoga pela total extinção do sistema penal. Contudo existem correntes mais amenas, e por isso mais sedutoras. Thomas Mathiesen defende apenas a extinção da pena de prisão. Já Nils Christie, por seu turno, defende a extinção de qualquer espécie de pena capaz de infringir dor ou sofrimento pessoal.

O Abolicionismo Penal, portanto, em síntese, defende a extinção do sistema penal, no todo ou em parte, posto que seus efeitos seriam mais funestos do que benéficos, não podendo ser aplicado sem que se macule a dignidade do ser humano.

Antônio de Padova Marchi Júnior refuta a possibilidade de extinção do sistema penal:

“O Abolicionismo Penal surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte, cujos rituais macabros encontram-se retratados na insuperável obra de Michel Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social.

Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um

método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

De fato, a opção pela construção de sociedades melhores, mais justas e mais racionais, impõe a reafirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal enquanto não se alcança a abolição, de forma a manter as garantias conquistadas em favor do cidadão e, ao mesmo tempo, abrir espaço para a progressiva aplicação de mecanismos não penais de controle, além de privilegiar medidas preventivas de atuação sobre as causas e origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas.”[5]

O anseio dos abolicionistas, porém, é utópico ao menos para o tempo atual, no qual se vive em sociedades de risco, o que impossibilita abrir mão do sistema penal, pois os demais ramos da ciência jurídica possuem outras especificidades que não dizem respeito à repressão de graves fatos indesejados que atingem os bens jurídicos mais importantes à manutenção do convívio social.

## 1.2 DIREITO PENAL MÍNIMO

O Direito Penal Mínimo (que também recebe outras denominações, como Minimalismo Penal, Funcionalismo Racional ou Moderado, Abolicionismo Moderado, ou ainda como quer Rogério Greco[6], Direito Penal do Equilíbrio) não admite a extinção do direito penal, mas apenas e tão somente a sua redução, pois ele concretiza uma forma de reação social legítima, na medida em que cumpre a função de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Segundo essa corrente dogmática, encabeçada principalmente por Luigi Ferrajoli, Eugênio Raul Zaffaroni, Alessandro Baratta, Claus Roxin, o

direito penal deve intervir minimamente nas situações conflitantes que surgem na vida em sociedade, ou seja, a atuação do direito penal deve ser fragmentária, na medida em que somente se faz necessária quando a ofensa for dirigida contra bem de grande importância para a manutenção do convívio em sociedade, e subsidiária, quando os demais ramos do direito não se prestarem a solução do conflito.

Para os abolicionistas a pena é vista como um mal necessário, por isso deve-se buscar a redução ao mínimo da solução dos conflitos sociais por meio do direito penal.

Uma das principais características desta corrente é a aplicação de medidas de despenalização, tais como: sanções alternativas ou substitutivas à pena de prisão, reparação do dano; penas restritivas de direito; transação penal; suspensão condicional do processo e suspensão condicional da pena.

Juarez Cirino dos Santos, ao propor, nos moldes de um direito penal mínimo, a redução do sistema de justiça criminal, fala, ainda, em medidas de descriminalização, sendo esta indicada:

“Primeiro, em todas as hipóteses (a) de crimes punidos com detenção, (b) de crimes de ação penal privada, (c) de crimes de ação penal pública condicionada à representação e (d) de crimes de perigo abstrato – sob os seguintes fundamentos: a) violação ao princípio da *insignificância*, por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente; b) violação ao princípio da *subsidiariedade* da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não penais; c) violação ao princípio da *idoneidade da pena*, que pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com a exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas diferentes; d) violação do *primado da vítima*, que viabilizaria

soluções restitutivas ou indenizatórias em lugar da punição.

Segundo, a *descriminalização* é indicada nos crimes *sem vítima*, como o auto-aborto (art. 124, CP), o aborto consentido (125, CP), a posse de drogas e outros crimes da categoria *mala quia prohibita*, sob os seguintes fundamentos: a) violação de bens jurídicos individuais definíveis como direitos humanos fundamentais; b) violação do princípio da proporcionalidade concreta da pena, porque a punição agrava o problema social, ou produz custos sociais excessivos, objetivo exclusivo do sistema penal.

Terceiro, a *descriminalização* é indicada nas hipóteses de *crimes qualificados pelo resultado*, como a lesão corporal qualificada pelo resultado morte (art. 129, § 3, CP), sob o fundamento de violação do princípio da *responsabilidade penal subjetiva*, como imputação de responsabilidade penal objetiva do velho *versari in re illicita* do direito canônico, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Quarto, a *descriminalização* é indicada nas hipóteses de direito penal *simbólico*, especialmente em crimes ecológicos e tributários, substituídos *por ilícitos administrativos e civil* dotados de superior eficácia instrumental e social.”<sup>[7]</sup>

O Direito Penal Mínimo se concretiza, assim, através da adoção de vários princípios que servem de orientação legislativa na criação e revogação de tipos penais incriminadores, e, ainda, na interpretação da normas feita pelos aplicadores da lei penal a fim de que se dê a lei sua correta interpretação, nos moldes de um Direito Penal Mínimo, racional e garantista.

Como princípio central dessa corrente de pensamento está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, somente podendo ser o homem objeto

da reprimenda estatal quando praticar fato criminoso que atente de forma materialmente significativa contra os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, e desde que os outros ramos do direito - que são menos aflitivos do que o direito penal – não se prestarem a solucionar satisfatoriamente tais conflitos.

Além do princípio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, outros devem ter observância obrigatória para a efetivação de um Direito Penal Mínimo, limitando, através deles, o poder punitivo estatal. São eles: a) Princípio da Intervenção Mínima; b) Princípio da Lesividade; c) Princípio da Adequação Social; e) Princípio da Insignificância; f) Princípio da Individualização da Pena; g) Princípio da Responsabilidade Pessoal; h) Princípio da Proporcionalidade; i) Princípio da Limitação das Penas; j) Princípio da Culpabilidade; e k) Princípio da Legalidade.

Todos estes princípios orientam o impedimento, em tese, da adoção de políticas criminais que tragam consigo a preponderância do direito penal na solução de conflitos.

O Direito Penal Mínimo é, portanto, antagônico ao Abolicionismo penal e também ao Direito Penal Máximo. Em termos de propugnação quantitativa da atuação do direito penal, coloca-se entre os dois, depois daquele e antes deste, situando-se, portanto, numa posição intermediária e, por isso, virtuosa. Nesse sentido merecem ser transcritas as lições de Paulo de Souza Queiroz:

“Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito, que declara, como seus fundamentos, a ‘dignidade da pessoa humana’, ‘a cidadania’, ‘os valores sociais o trabalho’, e proclama, como seus objetivos fundamentais, ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, que promete ‘erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais’, ‘promover o bem

de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, que por ação e/ou omissão, em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob o seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam”.<sup>[8]</sup>

Essa posição parece ser a mais acertada, por conseguir conciliar a proteção de bens jurídicos importantes à manutenção do convívio social com a preservação das garantias penais e processuais penais do agente do fato criminoso, respeitando dessa forma, o a Dignidade da Pessoa Humana bem como o Princípio da Proteção de Bens Jurídicos.

### 1.3 DIREITO PENAL MÁXIMO

O Direito Penal Máximo, também denominado Eficienticismo Penal, defende a utilização prioritária do direito penal como instrumento eficaz para o enfrentamento da violência. Busca a máxima efetividade do controle social com a utilização prioritária do direito penal.

Os temas que giram em torno do direito penal despertam o interesse da sociedade. O crime e a criminalidade sempre foram transmitidos pela mídia, mas hodiernamente tem sido mais, principalmente pela facilidade com que são divulgadas as informações pelos meios de comunicação social.

Os meios de comunicação de massa divulgam exaustivamente notícias relacionadas de alguma forma com a seara criminal. O fato criminoso, o agente do fato e as vítimas são temas de pauta de uma boa parte – quando não da totalidade – do espaço dos programas de televisão, rádio e conteúdo da internet.



Os comunicadores, profissionais que na maioria das vezes não são habilitados para tratar do tema, criticam o sistema penal e, como se não bastasse, propõem soluções aos problemas criminológicos.

É inequívoco que, atualmente, a criminalidade realmente se faz presente de uma maneira mais acentuada no cotidiano da sociedade brasileira e, conseqüentemente, os meios de comunicação passam a dar maior destaque a violência em sua programação, explorando a veiculação de imagens comoventes, por vezes chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social: homicídios cruéis, estupro e atentado violento ao pudor, crimes contra incapazes, rebeliões, torturas, corrupções etc.

Dessa forma, a sociedade, amedrontada, tende a concordar com os apelos veiculados pelos comunicadores de massa e passa aderir às teses por eles defendidas, que normalmente pregam a maior criminalização de condutas, o recrudescimento das penas e a extinção de garantias penais e processuais penais.

O discurso penal de fato agrada a sociedade, que deposita suas esperanças em relação à segurança pública prioritariamente no direito penal. Com isso, passa-se a consolidar um entendimento na sociedade segundo o qual o direito penal deveria amparar um amplo espectro de bens jurídicos, pois a repressão penal seria a forma mais eficaz de se enfrentar a criminalidade.

Neste cenário, parcela da classe política acompanha essa direção de anseio pela maior rigidez do sistema penal como forma de agradar seu eleitorado, promovendo debates, por exemplo, relativos à necessidade de se implementar no Brasil as penas de morte e de prisão perpétua, assim como a redução da maioria penal, como se isso fosse possível. Tais propostas esbarram na impossibilidade da extinção de direitos e garantias individuais, conforme estabelece o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. E mais: mesmo se surgisse outra ordem constitucional, com a conseqüente criação de um novo Estado, os direitos humanos conquistados não poderiam ser extirpados, como bem salienta Fábio Conder Comparato quando assevera que:

“Em matéria de direitos humanos, não se admite regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuadas por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados. Se, por exemplo, a pena de morte é abolida por norma constitucional, o advento de nova Constituição não pode restabelecê-la” [9]

Nessa esteira, o direito penal moderno passa a pugnar por uma penalização máxima, como se os problemas sociais pudessem ser resolvidos por intermédio do direito penal, aplicado da forma mais rígida, tanto quanto possível.

Em havendo essa intervenção penal máxima, a função preventiva geral negativa da pena (ou prevenção por intimidação) passa a ser exacerbadamente valorada. A repressão teria o escopo de amedrontar o corpo social, servindo a pena, portanto, como meio de coação psicológica coletiva, intimidando a sociedade a comportar-se em conformidade com o direito, sob ameaça de duras consequências.

Para os adeptos desta corrente doutrinária, as medidas de despenalização estimulariam o cometimento de outros delitos:

“ Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por ‘restrições ao padrão de vida’, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz se sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um desestímulo para muitos, que estão longe do palco criminoso, de contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na

sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens”<sup>[10]</sup>.

Os adeptos do Direito Penal Máximo, portanto, optam por uma regra política que entende que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, são merecedores do juízo de censura a ser levado a efeito pelo direito penal.

Esse entendimento, por mais que traga um conforto ilusório dado pelo simbolismo da máxima criminalização, não deve prosperar. Primeiro porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos antissociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. Segundo, porque se a lei penal tem somente efeito simbólico, não afeta a realidade e, por consequência, não intervém satisfativamente na resolução dos conflitos sociais.

O direito penal moderno tende cada vez mais a seguir as orientações de um direito penal máximo, observado com aumento de produção legislativa em matéria penal, vale dizer, um fenômeno quantitativo de leis penais que passa a reprimir cada vez mais condutas, antes tidas como indiferentes penais, recrudesce as penas dos delitos já existentes e diminuir ou - quando não - extinguir as garantias penais e processuais penais.

Esse endurecimento do sistema penal, mais especificamente quanto às leis penais maximalistas, possui algumas características, quais sejam, consagração de um direito penal do risco, a antecipação das barreiras de punição (punindo-se até os atos preparatórios), aumento dos crimes de perigo abstrato ou presumido (quando não se exige lesividade em concreto ao bem jurídico tutelado pela norma penal), identificação prévia dos destinatários da lei penal, criação de tipos vagos e confusos e leis penais em branco, entre outras.

Nesta conjuntura, porém, aumenta o risco de desvios e abuso de poder na aplicação dos critérios de repressão pelo Estado, que pode vitimar inclusive, posteriormente, pessoas que, influenciadas pelo sistema político vigente, defenderam a elaboração de leis mais severas.

A quantidade elevada de leis penais, na verdade, somente culmina o enfraquecimento do o próprio direito penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade. Nesse diapasão, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, citando H. Packer, afirmam com precisão:

“cada hora de labor da polícia, do Ministério Público, do Tribunal e das autoridades penitenciárias gasta nos domínios marginais do direito criminal, é uma hora retirada à prevenção da criminalidade séria. Inversamente, cada infração trivial ou duvidosa eliminada da lista de infrações criminais representa a libertação de recursos essenciais para uma resposta mais eficaz às prioridades cimeiras do sistema penal”.<sup>[11]</sup>

No mesmo sentido, Luiz Luisi assevera que:

“no nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos ao da inflação monetária, pois ‘desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral’<sup>[12]</sup>.

Diante do exposto, percebe-se que vem predominando no direito penal moderno o Direito Penal Máximo, também chamado Movimento Neopunitivista ou Neocriminalizante.

Esse movimento é motivado pela exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, o que incentiva um estado de insegurança, de medo e de terror, e, por consequência, cria-se a falsa ideia de ser o direito penal o instrumento mais eficaz ao combate à violência, desde que aplicado da maneira mais severa possível.

Em períodos de clamor público clamor, normalmente após crimes que chocam a sociedade, o legislador procura atender os anseios sociais com uma rápida resposta, e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas sem qualquer fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal. Com efeito, se a criação da lei penal não afeta a realidade, o direito penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica.

O simbolismo do direito penal decorre do papel à que ele é dado pelas políticas de Direito Penal Máximo com a finalidade de contenção social. Em se considerando todo e qualquer tipo de desvio de conduta - mesmo que insignificantes e ainda que não atentem o princípio penal da alteridade - merecedora da intervenção penal, dá-se ao direito penal uma função preventiva geral educadora, na medida em que ele exerceria uma coação psicológica coletiva ao infundir na consciência da sociedade que pequenos desvios de condutas serão sempre merecedores de graves punições repressivas, por isso desproporcionais. O direito penal então serve como o principal meio de educar o corpo social, infundindo nele valores positivos através da função preventiva geral da pena.

Percebe-se, portanto, que Direito Penal Simbólico presta a função mais de atingimento de efeitos políticos imediatos do que a efetiva e real proteção de bens jurídicos, funcionando, nesse sentido, como um Direito Penal Promocional, no sentido em que o Estado se utiliza das leis penais para a consecução de suas finalidades políticas, muitas vezes espúrias no sentido jurídico, moral, ético e até mesmo político.

Nesse movimento de expansão ou hipertrofia do direito penal, utiliza-se a expressão Direito Penal de Emergência para expressar as hipóteses nas quais o Estado utiliza a legislação penal de forma excepcional para limitar ou derrogar garantias penais e processuais penais em busca do controle de uma espécie de criminalidade específica, justamente para se promover politicamente.

Na atualidade, países a exemplo do Canadá utilizam o direito penal como função simbólica e promocional, através de leis penais emergenciais. O Brasil também vem seguindo essa tendência como pode ser observado,

por exemplo, com a promulgação das Leis n. 8.072/1990 (crimes hediondos) e 12.850/2013 (organização criminosa).

Em recente publicação, onde o fenômeno da hipertrofia do direito penal é amplamente analisado, Carlos Enrico Paliero fala em crescimento 'patológico' da legislação penal:

“Todavia o fenômeno do crescimento desmedido do direito penal também ocorre no mundo anglo-saxão. Hebert Packer, em um livro intitulado *The limits os criminal sanction*, registra que a partir do século passado houve um enorme alargamento das leis penais pelo fato de ter sido entendido que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente em contínua expansão. Nos Estados Unidos, Kadish em trabalho a que deu o nome de *The crisis of overcriminalization* fala do emprego 'superfluo ou arbitrário da sanção criminal, contendo uma massa de crimes, que em seu quantitativo superam as disposições incriminadoras previstas nos códigos penais. No Canadá – segundo informa Leclerq -, a comissão encarregada da reforma penal, fez, em 1974 um levantamento dos crimes previstos na legislação canadense, tendo chegado ao número assustador de 41.582 tipos de infrações criminais”[13].

Conclui-se, dessa forma, que o discurso de um Direito Penal Máximo confunde-se com estratégia política que tem objetivos diferentes de resolver o problema principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo que atingem de forma relevante os bens mais importantes e necessários à manutenção do convívio social, pois que se perde tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância.

A atuação do Estado na solução de pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, afirma o caráter simbólico do direito penal. Com isso, o Estado perde a oportunidade de enfrentar as questões mais importantes de segurança pública e, principalmente, exercer as suas várias funções alheias ao direito penal, mas que também previnem e reprimem a violência, quiçá até mesmo com mais eficácia.

O caráter simbólico das leis penais faz o direito penal ocupar a posição de educador da sociedade, escondendo o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, principalmente a educadora, mas que seduz a sociedade - por meio de seus agentes políticos, principalmente pelos que exercem cargos eletivos - a depositar nele sua confiança para que se faça resolver os problemas sociais por meio da adoção de políticas penais, deixando, assim, suas próprias mazelas propensas ao esquecimento, pois conforta ilusoriamente a sociedade, fazendo-a acreditar que tais problemas serão efetivamente resolvidos por meio do direito penal, ficando em segundo plano as políticas sociais não penais, mas que também enfrentam o crime, preventivamente.

Normalmente, a criação das leis de Direito Penal Máximo é fortemente influenciada por sentimentos facilmente inflamáveis, o que conduz quase que indubitavelmente à irracionalidade técnica.

O critério de seleção legislativa da criminalização de condutas, que culmina com a maior rigidez do sistema penal, deve ser pautado em um critério racional, tendente a realmente zelar pela paz social independentemente, por exemplo, de clamor passional da sociedade.

A motivação para a criação legislativa também não deve proteger uma classe social em detrimento de outras, de forma a evitar o favorecimento das classes economicamente e politicamente dominantes e a consequente seletividade do direito penal<sup>[14]</sup>.

Registra-se, por fim, que, na medida em que impõem graves limitações às garantias penais e processuais penais, a adoção de políticas públicas baseadas nesta corrente ideológica pode fazer ter espaço um Estado Penal no lugar de um Estado de Direito.

### **1.3.1 Principais discursos maximalistas**

Ainda que este trabalho tenha por objeto específico a análise pormenorizada apenas de um dos ramos da família do Direito Penal Máximo, qual seja, Direito Penal do Inimigo, faz-se necessário conhecer outras teorias que procuram justificar a intervenção máxima do Estado no direito de liberdade dos cidadãos, pois que, na verdade, umas não excluem as ideias orientadoras das outras, mas muito mais têm em comum do que de diferente.

#### ***1.3.1.1 Tolerância zero***

Tolerância Zero foi a denominação de um programa de combate à violência implementado na cidade de Nova York, no começo da década de 90, pelo prefeito Rudolph Giuliani, que consistia, segundo a terminologia de Kelling<sup>[15]</sup>, “na aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, e mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros comportamentos antissociais associados à população de sem teto.<sup>[16]</sup>

Consistia em uma manobra de limpar as ruas do que as políticas de Direito penal Máximo costumam considerar como ‘destroços’ humanos, afligindo apenas a sociedade marginalizada e empobrecida pelo próprio sistema econômico, pois que somente essa se enquadra na seletividade objetiva exigida pelo movimento.

É a aplicação em concreto da Teoria das Janelas Quebradas.

#### ***1.3.1.2 Teoria das janelas quebradas (the broken windows theory)***

A Teoria das Janelas Quebradas (*The Broken Windows Theory*) ou, melhor dizendo, *The Fixing Broken Windows Theory*, é o conteúdo teórico que fora aplicado na prática quando da implementação do movimento de Tolerância zero.

Conforme as lições de Daniel Sperb Rubín:



“Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neighbourhood Safety* (A Polícia e a Segurança da Comunidade), os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida. Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime. Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como *broken windows*, e veio a lançar os fundamentos da moderna

política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de "tolerância zero". [17]

Para esta corrente dogmática há um nexos causal entre a não repressão a pequenos desvios de conduta e a desordem. Assim, como a mera desordem levaria à criminalidade, a tolerância com pequenos delitos e contravenções, levam, indubitavelmente, ao cometimento de crimes mais graves.

Tal teoria, por mais sedutora que possa parecer, incorre em erro ao eleger o direito penal para tratar de comportamentos humanos indesejados e socialmente reprováveis que se consubstanciam em pequenos desvios de condutas ou personalidade, modo de viver. Enfim, condutas que poderiam ser reprimidas por outros ramos do direito que não o penal, ramo mais severo das ciências jurídicas por usar da sua força estigmatizante para a privação da liberdade como mal necessário à repressão e prevenção de infrações.

Os ideais dessa corrente doutrinária vilipendiam diretamente o Princípio da Proporcionalidade, e por corolário, o próprio Estado de Direito, pois, conforme o conhecido brocardo, seria como se se "matasse um mosquito com um tiro de canhão".

### ***1.3.1.3 Three strikes and you are out***

Em trabalho monográfico sobre o tema Gustavo Osna nos esclarece:

"Por mais que não seja qualquer delito o suficiente para configurar a formação de um primeiro *strike* (inobstante estar apta para fazê-la a maioria das infrações), após o registro deste último toda a reincidência do indivíduo, não importando a gravidade do ato lesivo, bastará para dar margem à incidência dos *strikes* subsequentes. Possui o segundo deles como traço marcante o fato de implicar na duplicação da punição do condenado. Já o terceiro e

derradeiro traz consigo a aplicação da pena situada entre o patamar de 25 anos e o limite máximo da prisão perpétua, de modo à atribuir vestes de irrelevância à gravidade da conduta delituosa imputada ao acusado. Instaura-se cadeia gradativa e sucessiva de ausência de razoabilidade de punir”[18].

A teoria em apreço é adotada em mais de 20 Estados norte-americanos. No Brasil, há de se registrar que, não obstante ser a reincidência uma circunstância valorada em desfavor do acusado quando da fase da aplicação da pena, não há registro de nenhum instituto de desproporcionalidade semelhante.

#### **1.3.1.4 Direito penal do inimigo**

Este trabalho presta-se a criticar o Direito Penal do Inimigo, vertente mais agressiva da família do Direito Penal Máximo e que atualmente se encontra mais em voga. Por isto, esta teoria é tratada em seção própria, pois que trata do objeto da pesquisa científica ora transcrita.

## **2 O INIMIGO DO DIREITO: PERSPECTIVA HISTÓRICA**

A ideia de um direito penal desigual, ínsito à Teoria do Direito Penal do Inimigo, apesar de ter ganhado notoriedade com a publicação em 2004 do artigo que se intitula *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo (Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht)*, de autoria de Jakobs, e pela publicação de textos posteriores do mesmo autor, encontra-se em registros históricos como, por exemplo, na sofística grega do século V a.C (que já considerava o delinquente como inimigo), na ateniense teoria penal de Protágoras (baseada no “Mito de Prometeu”, onde Zeus haveria determinado que aquele que não fosse capaz de partilhar de pudor e justiça deveria morrer, por ser uma pestilência à sociedade), no sofismo do anônimo de Jâmblico (quando quem não se submetesse à lei era alvo de guerra), em Roma (o Senado poderia declarar inimigo público, tratava-se da figura do *hostis iudicatus*), na Idade Média na equiparação dos pecadores

ao animais feita por Tomás de Aquino (o pecador, ser que não dotava de dignidade, deveria ser extirpado da sociedade)[19].

A dicotomia entre bons e maus, fundada em um conceito de personalidade, portanto, é antiga e permanece até os tempos contemporâneos. Nesta seção, contudo, a análise dos registros históricos cuja ideia de um inimigo do direito penal já se fazia presente compreenderá somente o período da chamada filosofia moderna, a partir, sobretudo, dos contratualistas, a exemplo de Jean-Jacques Rousseau, Johhan Gottlieb Fichte, Thomas Robbes, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Rousseau reconhecia alguns inimigos como delinquentes, negando-lhes as condições de pessoas morais ou cidadãos:

“Todo mal feitor que ataca o direito social torna-se por seus atos rebelde e traidor da pátria, cessa de ser membro dela ao violar-lhe as leis e até lhe faz guerra. Então a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um dos dois pereça, e quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão do que como inimigo. O processo, o julgamento, são as provas e a declaração que rompeu o tratado social, e, por conseguinte, não é mais membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos por sua morada, deve ser afastado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público; pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem e é direito de guerra matar o vencido.”[20]

Já Fichte defendia, com o propósito de o Estado preservar seus cidadãos de forma que eles não tivessem seus direitos privados, substituir a pena de exclusão do delinquente e a perda absoluta de seus direitos por outras penas. A exceção à substituição da pena é para o réu de homicídio premeditado, de modo que deve se proceder a exclusão do delinquente. Assim, anula-se o contrato social e o assassino fica absolutamente privado

de qualquer direito, bem como o Estado também não tem nenhum dever para com ele, resultando a equiparação do delinquente a uma coisa, a um 'cabeça de gado'[21].

Se porventura, em Rousseau e em Fichte não se resolveu ou não se expressou de modo claro quem são os inimigos, Hobbes definiu inimigos aqueles que se encontram em estado de natureza, cuja característica principal, usando uma terminologia mais moderna, é a falta de segurança cognitiva.

Maria Rita Monroe Danielle assim esclarece o conceito de inimigo para Hobbes:

“O bem supremo do homem, para Hobbes, é a sua própria existência, que está em permanente perigo e não é assegurada pelo estado de natureza. Isto, pois, segundo Hobbes, a natureza criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito” que todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Daí a necessidade de se elaborar uma ordem na terra capaz de, ao menos, permitir a existência de todos, pois falta no estado de natureza um poder supremo que limite a liberdade dos homens”. [22]

Em se tratando de função da pena, Kant alegava, em seu Retribucionismo Moral, que a reprimenda estatal teria o objetivo simplesmente de realização de *justiça*. A pena não teria deste modo, utilidade alguma, nem para a sociedade, nem para o delinquente. A razão de ser o réu castigado estava no fato do mesmo ter infringido a lei vigente. Kant negava toda e qualquer função preventiva da pena [23].

Já o Retribucionismo Jurídico, de Hegel, pode ser resumido em uma frase: “a pena é a negação da negação do direito”. Para esta teoria absoluta, a prática do crime significaria a negação do direito por parte do delinquente; a pena seria a negação do crime. Com efeito, em se negando o crime (que é a negação do direito) com a aplicação da pena, estaria-se a negando a negação do direito representada pelo delito, o que culminaria

por *afirmar o direito*. O direito seria, então, a materialização da vontade racional, e sua aplicação reafirmaria a vontade racional sobre a vontade irracional, indesejada.

Para Hegel aplica-se a pena para que haja restabelecimento, ou, nos termos da sua teoria, para que haja a reafirmação da ordem jurídica que tenha sido negada pela prática delituosa, não sendo a pena, portanto, um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria - como afirma o próprio Hegel - "irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior".

O Direito Penal do Inimigo muito se assemelha à ideia hegeliana na medida em que reconhece no direito penal a função primordial de proteção da norma, e não de proteção aos bens jurídicos tutelados pela norma.

O que propôs Jakobs, com o seu Direito Penal do Inimigo, alinha-se também, ao projeto de *Estranhos à comunidade*, formulado pelo penalista Edmund Mezger durante a Alemanha Nazista. Com a assunção de Hitler ao poder, o Partido Nacional-Socialista tratou imediatamente, de começar a reorganizar, conforme seus critérios, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do Projeto Nacional Socialista sobre o tratamento dos *estranhos à comunidade*.

O mencionado projeto, considerado um dos mais terríveis da história do direito penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados antissociais, ou seja, pessoas que se comportavam de maneira antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais etc., sem que houvesse necessidade de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação dos considerados antissociais e inúteis para a sociedade[24].

Tal projeto indicava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorreria com os delinquentes habituais, e sobre eles recaia "tratamento" desigual: quando eram considerados curáveis, aplicavam-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos campos de concentração; ou, quando fossem considerados incuráveis, eram

condenadas à morte ou utilizadas como *carne de canhão* no front de batalha durante a Segunda Guerra Mundial[25].

Muñoz Conde assevera que essa maneira desigual de tratar as pessoas, aplicando o direito penal do fato para uns e o direito penal do autor para outros:

“deu lugar também ao desenvolvimento durante o nacional socialismo de medidas praticamente voltadas ao extermínio dos marginais sociais (prostitutas, mendigos, vadios, delinquentes habituais), aos que eufemisticamente se chamou ‘estranhos à comunidade’, com medidas esterilizadoras, internações por tempos indeterminados em campos de concentração etc. Já então se falava também de um ‘Direito Penal para Inimigos’, para o qual não cabiam nem garantias, nem nenhuma outra forma de limitação dos excessos do poder estatal”.[26]

Com o estudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que será feita de maneira pormenorizada em seção própria, poderá se notar sem qualquer dificuldade a semelhança entre o que propôs Jakobs ao desconsiderar o inimigo como cidadão, e Mezger com o seu projeto de *estranhos à comunidade*.

### 3 TEORIA DO direito penal do inimigo

Das teorias que utilizam o critério de Direito Penal Máximo, a Teoria do Direito Penal do Inimigo é a que está mais em voga. Não por outro motivo ela constitui o principal objeto de pesquisa dessa pesquisa.

#### 3.1 CONCEITO

O Direito Penal do Inimigo é uma moderna corrente de repressão máxima do direito penal, porém não menos agressiva do que as outras, com as quais, aliás, mantém relações de identidade de fundamentos, tais

quais a “Teoria das Janelas Quebras”, “Movimento Tolerância Zero” e a “Three Strikes And You Are Out”.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo alemão Gunther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, que utilizou esse conceito pela primeira vez em 1985, passando a discuti-lo com mais afinco em 2004, estimulado pelos ataques às torres gêmeas em Nova Iorque, quando, então, publicou uma obra sobre o tema denominada “Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo” (*Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht*).

Em 11 de setembro de 2001 o mundo assistiu a investida terrorista contra os Estados Unidos, consistente no ataque às torres gêmeas do *World Trade Center*, uma edificação que representava a estabilidade, soberania econômica e capitalista do Estado atacado, que era, até então, considerado impenetrável.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, também denominada Terceira Velocidade do Direito Penal, é, em suma, um direito aplicado a determinadas classes de criminosos, considerados inimigos do Estado. São indivíduos, segundo esta teoria, incorrigíveis, criminosos por convicção, abrangendo criminosos, tais como os terroristas, torturadores, membros de organizações criminosas, corruptos etc.

Para Jakobs, inimigos são aqueles que se apartam do direito, provavelmente de modo permanente. Em outras palavras, são aqueles que não apresentam indicativo mínimo que irão respeitar o direito, ou, nos termos da teoria, não oferecem mínimas garantias cognitivas de que se comportarão de acordo com a expectativa normativa. Demonstram, ao contrário, que irão romper a expectativa que deles se espera, desrespeitando o contrato social.

Existe, portanto, uma guerra contínua entre o Estado, mais forte, e o indivíduo considerado seu inimigo, que quebrou a expectativa de respeito ao contrato social. E, em havendo guerra, o vencedor dita as regras ao vencido. Considera-se vencedor aquele que conseguir a inocuidade do outro[27].



Jakobs ainda propõe, com sua teoria, funções para o Direito Penal, e sua teoria funcionalista é denominada Estratégica, Normativista, Sistêmica ou Radical, por ter a premissa básica de que o Direito Penal é instrumento que se destina a garantir eficácia da norma, e não a proteção de bens jurídicos, como prelecionam os funcionalistas moderados, como, por exemplo, Roxin.

Para Jakobs, quando o direito penal intervém, o bem jurídico tutelado já fora agredido, não tendo que se falar, portanto, em proteção aos bens jurídicos tutelados, mas sim em proteção do sistema normativo, em uma manobra de restabelecimento da ordem jurídica que fora rompida quando da ocasião da prática do crime.

Aqui a pena deve ser entendida como maneira de demonstrar que a estabilidade normativa da sociedade não se alterou ou como garantia de que a estabilidade normativa não será alterada por aquele indivíduo que não apresente garantias cognitivas mínimas de que se comportar de acordo com as expectativas normativas. Para Jakobs, portanto, o bem jurídico tutelado pelo direito penal nada mais é do que a própria norma penal e não o bem jurídico ofendido.

Assim, no sentido literal da palavra, Jakobs pode ser considerado como um penalista por acreditar na pena criminal como um método eficaz de luta contra a criminalidade. Ele nega, contudo, a prevenção especial positiva como método eficaz de ressocialização do condenado criminal. Por isso, Jakobs desenvolveu sua tese em torno de uma *prevenção geral positiva da pena*. Prevenção *geral* na medida em que a pena produziria seus efeitos almejados sob todos os cidadãos, e *positiva* porque a pena teria um efeito simbólico de tranquilizar os cidadãos que o direito vigente deverá ser obedecido, ou seja, as expectativas normativas deverão ser respeitadas, sob pena de reprimenda.

O Direito Penal do Inimigo é dividido, por Jakobs, em duas faces opostas. De um lado, o criminoso é tratado pelo Estado como pessoa, tendo direito a todas as garantias processuais e penais; de outro, o indivíduo é tido como “não pessoa”, e sim como fonte de perigo para a própria sobrevivência da sociedade, pois que entra em guerra com o

Estado, devendo, portanto, ser punido preventivamente e sem as garantias penais e processuais penais que são oferecidas ao dito cidadão comum.

Sob este aspecto, a teoria do direito penal do inimigo é, na verdade, a aplicação de um “não direito”, posto que nega as garantias de um Estado Democrático de Direito a determinados agentes criminosos, aqueles considerados inimigos.

Em resumo, Jakobs fundamenta tal tratamento desigual sob três argumentos: a) O Estado tem direito a procurar segurança em face dos indivíduos; b) Os cidadãos têm direito que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante da criminalidade; e c) é melhor inocuizar o inimigo do que permitir que ele coloque em risco a permanência existencial do próprio Estado[28].

## 3.2 FUNDAMENTOS

A Teoria do Direito Penal do Inimigo possui tanto fundamentos filosóficos como sistêmicos.

### 3.2.1 Fundamentos filosóficos

Gunter Jakobs tem na Teoria do Contrato Social o grande fundamento filosófico para a sua doutrina. Filósofos como Rosseau, Kant, Fichte e Hobbes, embora jamais tenham utilizado a expressão “direito penal do inimigo”, defendiam a existência do Estado com base num contrato social que prevê, em caso de descumprimento, penalidade de exclusão dos benefícios oferecidos pelo Estado.

Para estes teóricos, a desconformidade do cidadão frente ao Estado atacaria o direito social como um todo, em guerra, portanto, contra o próprio ente estatal, e, por isso, deveria deixar de ser considerado um membro dele, não gozando das mesmas garantias oferecidas aos indivíduos que não infringem a lei.

Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *O contrato social*, afirma que o indivíduo, ao declarar guerra contra o Estado, torna-se traidor da pátria, portanto, deixa de ser membro do Estado, vez que rompeu o tratado social:

“Todo mal feitor que ataca o direito social torna-se por seus atos rebelde e traidor da pátria, cessa de ser membro dela ao violar-lhe as leis e até lhe faz guerra. Então a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um dos dois pereça, e quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão do que como inimigo. O processo, o julgamento, são as provas e a declaração que rompeu o tratado social, e, por conseguinte, não é mais membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos por sua morada, deve ser afastado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público; pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem e é direito de guerra matar o vencido.”[29]

Fitche entendia que o indivíduo, ao abandonar o contrato cidadão, perde todos os direitos de cidadão e passa a um estado de ausência total de direitos, mas limita essa ausência de direitos ao que praticar o homicídio premeditado[30].

Kant, por sua vez, admitia reações hostis contra seres humanos que de modo persistente se recusassem a participar da vida comunitária legal, pois não poderia, segundo o filósofo, ser considerado cidadão o indivíduo que ameaça outrem constantemente. O Retribucionismo Jurídico de Kant não reconhecia qualquer função preventiva da pena, que se prestava ao papel de apenas punir o criminoso simplesmente por ter ele infringido a lei vigente.

Já para Hobbes, o delinquente devia ser mantido em seu estado de cidadão, a não ser que cometa delitos de “alta traição”, os quais representariam uma negação absoluta à submissão estatal. Nesses casos o indivíduo não deveria ser tratado como súdito, mas sim como inimigo.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme ensina Antônia Elúcia Alencar:

“partindo de uma ideia contratualista, identifica-se com mais afinco em Hobbes. Para Hobbes, o inimigo é aquele que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza, isto é, homens de estado de natureza são todos iguais. **O estado de natureza, como menciona Hobbes, “é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”. Porém, o estado natural dos homens é o estado de guerra, desta guerra de todos contra todos. Na guerra não há lei e onde não há lei não há injustiça, ou seja, não há justo nem injusto, nem bem nem mal**”[\[31\]](#).

Como bem sintetiza Juarez Cirino dos Santos:

“os criminosos seriam inimigos da sociedade, conforme Rosseau – ou *feras*, segundo Fichte –, contra os quais se aplicaria um *jus belli* pela violação do *consenso* (Leibniz), o pressuposto natural do contrato social”[\[32\]](#).

Jakobs, contudo, não classifica como inimigo todo e qualquer criminoso, se aproximando, nesse sentido, das ideias mais moderadas de Kant e Hobbes, que fazem distinção entre *criminosos* e *inimigos*, permitindo classificar os criminosos em autores de fatos normais (que serão punidos como cidadãos) e autores de fatos de alta traição (que serão punidos como inimigos).

### 3.2.2 Fundamentos sistêmicos

Os sistemas funcionalistas destacaram-se sob duas orientações: a) o funcionalismo estrutural de Parsons, que no âmbito do direito penal identifica-se como o Funcionalismo Teleológico, Valorativo, Moderado, o qual tem como seu maior expoente Claus Roxin, que defende ser a primórdia função do sistema penal a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a manutenção do convívio em sociedade; e b) o

funcionalismo sistêmico de Luhmann, que no âmbito do direito penal deu origem ao Funcionalismo Estratégico, Normativista, Radical, Sistêmico, o qual tem como maior expoente Gunther Jakobs e pugna ser a função do direito penal a proteção da norma, do sistema normativo vigente, e não a proteção de bens jurídicos, alegando que estes já teriam sido atacados quando do cometimento da infração penal e da respectiva reação imposta pelo direito penal.

O fenômeno das *expectativas normativas*, da sociologia de Luhmann inspira a teoria de Jakobs na medida em que o autor a utiliza para definir o instituto da pena. A pena serviria, destarte, como garantia da estabilização das expectativas normativas, sendo admissível como medida de segurança, vale dizer, poderia ser aplicada como antecipação de tutela para que se evite o cometimento de delitos por aqueles indivíduos considerados de alta periculosidade, aqueles que não apresentam garantias cognitivas mínimas de comportamento conforme as expectativas normativas que dele se espera, mantendo-se, com a aplicação de prisão preventiva, a estabilidade normativa.

### 3.3 CARACTERÍSTICAS

Assumida a classificação de criminosos entre *cidadãos* e *inimigos*, Jakobs atribui natureza descritiva ao conceito de inimigo - que designaria uma realidade ontológica do ser social, identificada por diagnósticos de personalidade e objeto de prognósticos de criminalidade futura, mais ou menos lastreados, portanto, na corrente criminológica que pugna pelo determinismo como fator da criminalidade -, propondo a distinção entre cidadãos e inimigos e os tratando de maneira desigual, vale dizer, o critério de imputação é um quando aplicado ao cidadão, e outro quando aplicado ao dito inimigo. Nisto reside a desigualdade formal do discurso do direito penal do inimigo.

#### 3.3.1 O cidadão e o inimigo como tipos de autor do direito penal

De acordo com Jakobs, o *cidadão* é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de *fidelidade jurídica intrínseca*, uma base subjetiva

real capaz de manter as *expectativas normativas* da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social. Seria por exemplo, de acordo com Jakobs, *fato do cidadão*, matar alguém para antecipar herança, pois que esse tipo de lesão é transitória da validade da norma e indicaria ser o autor do crime capaz de orientação normativa, no sentido de pessoa calculável, cuja intrínseca fidelidade ao direito justificaria as *expectativas normativas* da comunidade[33].

O *inimigo*, por sua vez, é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de *insubordinação jurídica intrínseca*, uma base subjetiva real capaz de produzir um *estado de guerra* contra a sociedade, com a permanente frustração das *expectativas normativas* da comunidade, perdendo o agente do fato a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social. Jakobs exemplifica como *fatos do inimigo*: ações de terrorismo político, que consistiriam em lesões duradouras da validade da norma e indicariam ser o autor incapaz de orientação normativa, no sentido de ser um indivíduo insuscetível de cálculo, cuja intrínseca *infidelidade jurídica* excluiria as *expectativas normativas* da comunidade[34].

### 3.3.2 Duplo sistema de imputação

Ao tratar o inimigo como um diferenciado tipo de autor de fatos puníveis, a proposta do Direito Penal do Inimigo introduz também, como consequência lógica, um *duplo sistema de imputação penal e processual penal*.

O sistema penal seria constituído por um direito penal da culpabilidade pelo *fato passado* para os autores definidos como *cidadãos*. A pena, para o cidadão, seria, portanto, uma reação *contra fáctica* dotada de significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende *reprimir*.

O sistema processual penal para o cidadão seria aquele orientado, por exemplo, pelo princípio acusatório, com *todas as garantias*

*constitucionais* do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, presunção de não culpabilidade etc.). Assim, há para o cidadão a adoção de um sistema penal e processual penal inteiramente baseado em um direito penal do fato[35].

Por outro lado, o sistema penal aplicado aos *inimigos* seria baseado em um direito penal preventivo, onde uma medida de segurança é aplicada pelo *perigo de fato futuro*. A pena, para o inimigo, seria uma medida dotada do efeito físico da custódia de segurança, servindo como um obstáculo antecipado ao *fato futuro*, cuja natureza de negação de validade da norma a pena pretende *prevenir*.

O sistema processual penal aplicado ao inimigo seria *ausente das garantias* constitucionais, por exemplo, do devido processo legal, com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica sem necessidade de autorização judicial, prisões temporárias independentemente da necessidade das mesmas, proibição de contato com advogado etc[36]. Nota-se que é adotado, aqui, um direito penal do autor, baseado na obscura noção de personalidade criminosa, a qual é adotada nas teorias deterministas.

Nas palavras do próprio Jakobs:

“o Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade”. [37]

Ainda segundo o autor:

**“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. É**

que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como luta excessiva. **Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se à essa determinação**".[38]

Reside a desigualdade do discurso do Direito Penal do Inimigo nessa distinção feita entre os tipos de autor, vale dizer, entre os *cidadãos* e os *inimigos*, e pelo tratamento penal e processual penal também diferenciados que a eles é dado.

#### 4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Em um Estado Democrático de Direito, a representação popular é legitimada através do mandato parlamentar. O processo legislativo, então, permite que os representantes do povo adequem a norma à realidade.

Depois de algum acontecimento criminoso de grande notoriedade midiática, a sociedade passa a se preocupar mais com o problema da criminalidade e, por isso, reivindica cada vez mais políticas públicas de segurança, principalmente do Poder Legislativo.

Ocorre que os poderes políticos (Executivo e Legislativo), notadamente o Poder Legislativo, por exercerem o poder em nome do povo são, por esse motivo, exacerbadamente influenciados por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, e, por isso, têm atendido aos clamores sociais sob o argumento de adequação do ordenamento jurídico à realidade social, quando buscam, na verdade, se autopromover com a elaboração de leis que satisfaçam a opinião pública majoritária.

Os Poderes Políticos invocam por vezes o princípio majoritário como fulcro de sua atuação. Por terem sido eleitos pelo povo, logo, pela maioria, entendem por bem atender aos apelos sociais majoritários, para justamente não se opor as ideologias políticas e sociais das majorias que os elegeram, o que acaba por culminar em uma situação de elaboração de leis acionada por sentimentos altamente inflamáveis, tais como a emoção e a paixão.



A extorsão mediante sequestro, por exemplo, passou a ser considerado crime hediondo no País após o sequestro de um famoso empresário brasileiro; e a inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos se deu após o assassinato de uma atriz de televisão[39].

Grosso modo, o Legislativo e o Executivo canalizariam, por meio de eleições periódicas, a opinião pública cotidiana, tão oscilante quanto impulsiva. Só que opinião apaixonada, pela sua instabilidade, recomenda reflexão.

O cidadão opina com a paixão ao passo que ao jurista incumbe fazer prevalecer a razão jurídica. Ou seja, anseio social deve sim ser atendido pelos poderes públicos, mas não exatamente da maneira como quer a sociedade, pois esta, sobretudo em momentos de alta animosidade, não é dotada de conhecimento técnico para optar pelo melhor modelo de programa político para se atingir determinado desiderato que, aqui, é a solução do problema da criminalidade urbana.

Pressupõe-se que os agentes políticos incumbidos da função de legislar são dotados de maior conhecimento técnico do que os que não ocupam tal posto, e sabem, portanto, que as leis, sobretudo as penais, devem estar em harmonia com os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, pode-se concluir que o Legislativo, de maneira indevida, porém pensada, vem elaborando leis sem seguir o modelo garantista de direito penal que se coaduna com o Estado de Direito.

Índices momentâneos de popularidade, contudo, não devem pautar a atuação legislativa. Afinal, a força do Estado serve também para que resista aos deslizes voluntariosos nos quais a opinião pública cotidiana, às vezes, incorre.

Com fulcro na vontade dominante, o povo celebra um contrato social para delegar que o poder por ele inicialmente titularizado seja exercido por um ente soberano, qual seja, o Estado.

Assim, os direitos fundamentais são de observância obrigatória até mesmo pelas autoridades públicas, pois estas apenas exercem o poder em nome do povo, que é o verdadeiro titular dele. E mais: devem prevalecer até mesmo se o próprio povo, normalmente influenciado por paixão ou emoção, pugnar, em algum momento, pela flexibilização ou extinção desses direitos fundamentais.

Toda e qualquer manifestação de poder deve, portanto, respeitar os direitos e garantias fundamentais, sobretudo a manifestação repressiva, pois impõe consideráveis limites a alguns direitos fundamentais, a exemplo da liberdade ambulatoria.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção dos direitos fundamentais qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

A função contramajoritária exercida pelos poderes públicos não é uma afronta à democracia majoritária, pelo contrário, é um instrumento destinado a conferir a efetiva proteção aos intangíveis direitos fundamentais, isto é, consubstancia-se em afirmação de que o Brasil adotou uma política fidedigna de um Estado Democrático de Direito, que protege a todo custo os direitos fundamentais.

Um país que respeita a sua Constituição rígida não pode submetê-la às interpretações apaixonadas e momentâneas, sob pena de mutilá-la ao sabor do perigoso populismo jurídico.

O Estado é guardião dos direitos fundamentais contemplados na Constituição, ainda que contra os avanços da maioria, por isso que nessa luta entre o Constitucionalismo de Direito e o Constitucionalismo Popular, o Estado deve ser necessariamente contramajoritário. Deve, contudo, atender o clamor social, mas de maneira técnica, racional, e por isso eficaz, pois pressupõe-se que os juristas sabem optar pelo melhor e mais adequado meio de atingimento de um objetivo, a exemplo do enfrentamento da criminalidade.

Diante de tudo isso, ainda que a tese encontre pensamentos refratários, pode-se sustentar com razoável tranquilidade a legitimação

democrática – que nem por isso representa qualquer seguro contra mazelas – do papel contramajoritário exercido pelos poderes públicos, mais especificamente pelos poderes políticos.

Em não sendo efetivado a função contramajoritária por parte dos poderes políticos, pode ocorrer de o próprio cidadão, talvez o mesmo que clamou pelo recrudescimento das leis penais, ser - com a elaboração de leis de políticas de Direito Penal Máximo – considerado inimigo do Estado, posto que as características generalidade e abstratividade da lei penal dão a ela caráter *erga omnes*, sendo aplicada, portanto, de forma impessoal, a todos que eventualmente praticarem uma infração penal. Ou seja, em última análise, não obstante as leis “inimiguistas” previamente taxarem, em tese, um determinado tipo de autor como seu destinatário, na prática, toda e qualquer pessoa que praticar um determinado fato criminoso pode vir a ser considerado inimigo do Estado e ter um tratamento desigual, mais severo, pois a adoção dessas políticas típicas de Estados totalitários aumenta o risco de abuso de poder na aplicação da repressão penal.

Devido ao crescimento do movimento que propugna por um Direito Penal Máximo e ao não exercício da função contramajoritária dos poderes políticos, a legislação penal brasileira não restou incólume e também sofreu influências desse movimento, restando impregnada de características dessa corrente ideológica, inclusive de marcantes características do Direito Penal do Inimigo. Portanto, vários são os exemplos de flexibilização do modelo principiológico constitucional limitador do poder punitivo estatal. Esses exemplos podem ser encontrados tanto na legislação penal extravagante, como no Código Penal

#### 4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

As ideias da Teoria do Direito Penal do Inimigo se espraiam por boa parcela do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo das leis penais especiais, posto que suas características exige quase que inevitavelmente a criação de uma lei específica para dar tratamento diferenciado a uma determinada qualidade de criminoso. Senão vejamos as principais leis que apresentam características dessa teoria.

#### 4.1.1 Regime disciplinar diferenciado

O cenário pelo qual o Brasil se encontrava à época da criação da Lei nº10.792/2003 - que alterou a Lei nº7.210/1984 (Lei de Execução Penal brasileira - LEP) - era preocupante, uma vez que cidades como Rio de Janeiro e São Paulo encontravam-se absolutamente dominadas por organizações criminosas conhecidas como Comando Vermelho - CV, e Amigo dos Amigos - ADA, no Rio de Janeiro, e Primeiro Comando da Capital - PCC, em São Paulo, cujos mentores intelectuais eram detentos, que apesar de encarcerados, detinham total conhecimento dos fatos externos e ainda possuíam pessoas de confiança que executavam os crimes por eles ordenados<sup>[40]</sup>.

A Lei n. 10.792/2003, chamada lei do Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, foi bastante debatida em virtude de suas características marcantes e severas, sendo aplicável a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas.

Tal lei produziu uma reação doutrinária contrária em razão das importantes violações a garantias fundamentais, em especial à humanidade da execução da pena e o Princípio da Igualdade, pois se pune o delinquente não pelo fato praticado - regra de um ordenamento jurídico garantista e do direito penal do fato, tal como é o brasileiro -, mas pela periculosidade do autor, característica marcante do Direito Penal do Inimigo<sup>[41]</sup>.

A redação do artigo 52 da L EP, depois das modificações, estabelece o isolamento celular do apenado que comete delito doloso, falta grave, por até um ano, com possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, impõe-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas. É o que diz o artigo 52 da Lei, *in verbis*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção

penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol<sup>[42]</sup>.

A lei que instituiu o RDD, como outras tantas leis no Brasil, também foi editada no afã de satisfazer a opinião pública e como resposta imediata a violência.

O professor Rômulo de Andrade Moreira afirma que o RDD é inconstitucional:

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 50, XLVII. "e", CF/88), assegurando-se aos presos (**sem qualquer distinção**, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a **tratamento desumano ou degradante** (art. 5º, III). Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema

carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança. Como afirma José Antônio Paganelia Boschi, “a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (...), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas”.<sup>[43]</sup>.

Analisando as colocações feitas por Moreira, percebe-se que o RDD ignora os preceitos constitucionais norteadores de um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, máxime no que tange aos princípios garantistas limitadores do poder punitivo estatal, e, ao revés, se aproxima – no que não se iguala – das leis cujas políticas criminais orientadora foram baseadas em um Direito Penal do Inimigo.

Há um princípio geral de racionalidade que deriva da Constituição que exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica. Este princípio vincula-se intimamente também com o princípio de humanidade, que se deduz da proscrição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e de **penas cruéis e degradantes** (art. 5º, XLVII CF<sup>[44]</sup>). O antônimo de “pena cruel” é justamente a “pena racional” (e não a pena “branda”, é claro, pois esta não seria equitativa).

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes<sup>[45]</sup> argumenta que “ninguém contesta que o Estado deve intervir, com firmeza, para evitar danos para o patrimônio e vida das pessoas. Mas dentro do Estado de Direito até mesmo o direito tem limites”.

A proibição da imposição de penas cruéis está prevista também no artigo 5º, §2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>[46]</sup>, que estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Por todo o exposto, não resta dúvida de que o RDD submete o preso a tratamento cruel, desumano e até mesmo torturante, uma vez que o retira quase que na totalidade de todos os tipos de convívio social, além de

colocá-lo numa profunda solidão, restando-lhe, tão somente, o pensamento interno, individualizado, o que distancia ainda mais a pena de seu caráter ressocializador.

Evidente fica, então, que a previsão do RDD é uma expressão do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira, não observando os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, sendo, portanto, inconstitucional, pois o Direito Penal do Inimigo não encontra guarida no sistema jurídico, pois são inadmissíveis normas contrárias às conquistas históricas dos direitos fundamentais, que não podem, aliás – como foi dito na primeira seção – sequer serem suprimidas até mesmo pelo advento de uma nova ordem constitucional.

Nesse sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, de número 4162[47], pretendendo que seja declarada a inconstitucionalidade do RDD por afrontar a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura, de penas cruéis e de tratamento degradante, o devido processo legal, ampla defesa, contraditório e as determinações constitucionais de cumprimento de pena.

#### **4.1.2 Crimes hediondos**

A Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, foi introduzida no ordenamento jurídico em decorrência de um expresse mandado constitucional de criminalização, mais precisamente artigo 50, XLII, conforme abaixo:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”[48].

O Constituinte considerou a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie de crime hediondo, aqueles profundamente repugnante

e, portanto, mercedores de uma reação punitiva mais severa, qual seja, a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia.

Coube então ao legislador ordinário, dois anos após a entrada em vigor da Constituição, a elaboração da Lei dos Crimes Hediondos com o principal intuito de taxar os demais delitos que seriam considerados hediondos. Atualmente, ainda em vigor, a Lei dos Crimes Hediondos traz o rol desses crimes nos seguintes termos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII-A (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).



Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.[49]

Em busca de cumprir a determinação constitucional, a referida lei, em sua redação original, tratava com exacerbado rigor aqueles que haviam praticado crime hediondo, não lhes sendo permitido qualquer tipo de benefício, conforme se lê:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

Além dessas restrições, ainda era estabelecida a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado e o prazo diferenciado da prisão temporária, trinta dias prorrogável por mais trinta.

Diante de tamanha severidade, iniciaram-se diversas e acentuadas críticas a Lei dos Crimes Hediondos, principalmente no tocante a sua constitucionalidade, uma vez que esta feriria diversos princípios constitucionais, como o da Individualização da Pena, Ressocialização do Condenado, Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros.

No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi pacífico durante quinze anos, no sentido de não haver qualquer tipo de inconstitucionalidade, pois de acordo com a Corte, os diferentes deveriam ser tratados de maneira diferente. Assim, aos que cometiam crimes hediondos era legítima a pena diferenciada, aplicada com maior rigor e severidade em virtude da natureza do crime.

O Estado, atendendo ao clamor público ao publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar que dispunha de um poder que

inibiria a violência, esquecendo que as raízes da violência estão no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social e econômica, o que desencadeia um processo de fomentação e perpetuação da violência.

As causas da criminalidade em grande parte estão relacionadas a questões políticas, sociais e econômicas. Portanto, a adoção de leis severas, em verdade, enfrentam os efeitos da criminalidade e não suas causas.

Ademais, a opção por políticas de segurança pública de um Direito Penal Máximo elege o direito penal como *prima ratio* na resolução dos problemas sociais, o que não é próprio dos Estados Democrático de Direito, pois estes visam o enfrentamento da criminalidade por outros meios que não o repressivo, tais como, por exemplo, a educação, distribuição de renda e políticas sociais.

Nesse diapasão, o legislador, no intuito de demonstrar para seus eleitores que está enfrentando a criminalidade, enxergou no direito penal um instrumento eficaz na prevenção e repressão imediata do crime. Ocorre que tal providência, na prática, mostra-se ineficiente. Nesse sentido afirma Ivan Luiz Marques da Silva:

“Por razões ‘inexplicáveis, as leis penais exclusivamente repressivas não surtem efeito. Esse direito penal que deveria ser efetivo no combate à criminalidade tornou-se simbólico. As leis passaram a ser feitas para apaziguar a sociedade em momento de revolta, mas sem consequências práticas e sem redução da criminalidade. Esse direito penal mostrou-se incompetente e ineficiente para os fins desejados pelo Legislativo e por boa parcela da sociedade (...)’.[50].

O problema da segurança pública não será solucionado com a elaboração de leis que propõem o recrudescimento do sistema penal. Enfrenta-se a criminalidade com a efetiva intervenção do Estado, não como repressor, mas com políticas públicas sociais. Como bem ressalta Alberto Silva Franco:

“(...) a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa ideia de que reencontraria a almejada segurança por meio de uma lei extremamente repressiva”[51].

Inequívoco é, portanto, que a Lei de Crimes Hediondos é consequência de um movimento que clama por um Direito Penal Máximo. Surgiu, sobretudo, pela influência que os canais de mídia social exercem na consciência coletiva. É, então, derivada de anseios passionais, estes atendidos por interesses políticos das classes hegemônicas.

Sua marcante característica de medida de política criminal de um Direito Penal Máximo está no tratamento desigual que dá aos agentes que cometem determinadas infrações penais, por ela definidas como hediondas. Portanto, não há sacrifício em concluir que a desigualdade formal estabelecida pela Lei de Crimes Hediondos é caractere de um Direito Penal do Inimigo, pois se escolhe um ‘bode expiatório’ (no caso, os agentes ativos dos crimes tidos como hediondos) ao qual a reprovabilidade da conduta será diferenciada, desigual, mais severa, por expressa disposição legal de uma lei que consagra formalmente o indesejado princípio da desigualdade penal.

Posto que o grau de reprovabilidade da conduta já é mensurado quando da elaboração do preceito secundário da norma penal incriminadora, a criação de uma lei específica, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, para dar maior grau de reprovabilidade a uma conduta é a evidente consagração do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Registra-se, contudo, que as críticas que desde sempre foram despojadas a esta opção legislativa somente agora estão surtindo efeito. Senão, pode-se observar as alterações sofridas no artigo 2º da Lei de Crimes Hediondas através da Lei nº 11.464 de 2007.

Antes da alteração proposta pela Lei n. 11.464 de 2007, o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos assim dispunha:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

E depois da Lei n. 11.464 de 2007, o artigo 2º assim ficou:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II – **fiança**;

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado;

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de **2/5 (dois quintos)** da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente;

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade;

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período **em caso de extrema e comprovada necessidade**[52].

A *novatio legis in melius*. revogou a impossibilidade de concessão de liberdade provisória; passou a estabelecer o regime inicialmente fechado, e não mais o integralmente fechado; a progressão de regime dar-se-á, agora, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente; e a prisão temporária somente poderá ser prorrogada em caso de extrema e comprovada necessidade.

#### 4.1.3 Lei do abate

A Lei 9.614/1998, chamada “Lei do Abate”, possibilita a derrubada de aeronaves consideradas hostis dentro do Estado brasileiro.

A Lei do Abate introduziu, na prática, a execução penal extrajudicial, permitindo a condenação e a execução sumária sem o devido processo legal, pela simples suspeita do tráfico de drogas. Trata-se, portando, de possibilidade de execução de pena de morte em tempos de paz.

A Lei é flagrantemente inconstitucional, pois afronta direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, máxime o direito à vida, ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Não fosse bastante o fato de a lei em comento estar eivada do vício da inconstitucionalidade, sua existência coloca em perigo a vida de pessoas que por ela não se quis abranger quando da delimitação da esfera de proteção da norma – vale dizer, pessoas que não se encontram em situação de traficância -, pois, por exemplo, em caso de eventual falha ou falta de comunicação da aeronave suspeita que não esteja transportando droga para com os pilotos da Força Aérea Brasileira – FAB autorizaria, em tese, o abatimento da aeronave.

Nesse contexto, pode ser considerada como mais uma interferência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

## 4.2 direito penal do inimigo no código penal

O Código Penal também apresenta institutos que contêm algumas características marcantes das teorias de Direito Penal Máximo, sobretudo das que são elegidas por Jakobs para a criação da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

### 4.2.1 Circunstâncias judiciais desfavoráveis

A aplicação da pena deve levar em consideração as circunstâncias judiciais, que deverão ser obrigatoriamente analisadas pelo julgador quando da fixação da pena-base

#### 4.2.1.1 Antecedentes

Os antecedentes é, de acordo com o artigo 59, do Código Penal, uma dessas circunstâncias judiciais:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos **antecedentes**, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicadas dentre as cominadas;

II a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial do cumprimento de pena

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível[53].

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente, o que não tem relação com o fato criminoso propriamente dito, pelo qual está respondendo o processado, mas sim ao agente do fato. É, portanto, um instituto que ofende o chamado *direito penal do fato*.

Os maus antecedentes é, na maioria das vezes, a prova do fracasso do Estado na efetivação da função reeducadora da pena, e, portanto, diante de uma ótica constitucional garantista limitadora do poder punitivo estatal, não deveria ter sido elencada como circunstância judicial desfavorável, justamente por ser instituto que consagra o indesejado e perigoso *direito penal do autor*.

Os antecedentes não devem prosperar nem mesmo sob o argumento de materialização do princípio constitucional da Individualização das Penas, pois este, levado em consideração na fase de aplicação da pena, orienta, em sua correta interpretação, que as penas aplicadas aos agentes que agem em concurso de pessoas devem ser individualizadas conforme a participação de cada um no fatocriminoso pelo qual estejam sendo processados.

#### **4.2.1.2 Personalidade do agente**

A aplicação da pena-base também deve levar em consideração, de acordo com o artigo 59 Código Penal, a circunstância judicial da personalidade do agente:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à **personalidade do agente**, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicadas dentre as cominadas;

II a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial do cumprimento de pena

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível[54].

Personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – da psicologia, da psiquiatria, antropologia -, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito[55].

Não se espera do juiz capacidade técnica necessária para a aferição da personalidade do agente, incapaz de ser avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a vida do réu, desde a infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas etc.) é que, talvez, teriam condições de avaliar a personalidade de alguém.

Dessa forma, os maus antecedentes não deveriam ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis, não só pelo fato de não ser o juiz tecnicamente capaz de aferir precisamente a personalidade do agente, mas também pelo fato dessa circunstância dizer respeito ao agente do fato, e não ao fato criminoso, ofendendo, por consequência, o *direito penal do fato*, e consagrando o *direito penal do autor*.

A valoração negativa da personalidade do agente como circunstância judicial quando da fase de aplicação da pena contraria o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Ofensividade (ou Lesividade), em seus dois aspectos, quais sejam, *Exterioridade* e *Alteridade*

De acordo com os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo, o direito penal não deveria levar em consideração, quando da desvalorização das condutas humanas socialmente indesejadas, aspectos que dizem respeito à atitude interna das pessoas, o que não exceda o próprio âmbito delas, suas condições e seus estados existenciais e suas condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico, vale dizer, seu modo de vida, sua conduta social, atendendo-se, assim, ao brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*.



#### **4.2.1.3 Conduta social**

O *caput* do artigo 59 do Código Penal também elenca a conduta social como circunstância judicial desfavorável, vinculando o julgador a levá-la em consideração quando da fixação da pena base[56].

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade, verificar o seu relacionamento com seus pares. Procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, e se influenciou ou não no cometimento da infração[57].

A conduta social também não deveria elencada como circunstância judicial desfavorável, por estar relacionada ao agente do fato, e não ao fato criminoso em si.

A consideração da conduta social como circunstância judicial ofende o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Ofensividade (ou Lesividade) e seus dois subprincípios, quais sejam, *Exterioridade* e *Alteridade*.

De acordo com as orientações de um Direito Penal do Equilíbrio, o direito penal não deveria levar em consideração o que diz respeito a uma atitude interna do indivíduo, o que não excede o seu próprio âmbito, suas condições e seus estados existenciais e suas condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico, vale dizer, seu modo de vida, sua conduta social, atendendo-se, assim, ao brocardo garantista *nulla lex poenalis sine injuria*.

#### **4.2.2 Reincidência como agravante de pena**

A circunstância agravante prevista no artigo 61, alínea I, do Código Penal é, assim como os maus antecedentes, a prova da falha do Estado na concretização da função preventiva especial positiva da pena. Diz o artigo, *in verbis*:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituam ou qualificam o crime:

I – a reincidência[58]

A reincidência nada diz respeito ao fato criminoso cometido pelo agente. Consagra, portanto, o *direito penal do autor* em lugar do desejado *direito penal do fato*.

Não há que se falar, para se defender a análise da reincidência como circunstância agravante, em materialização do princípio constitucional da Individualização da Pena, pois este, orienta, em sua acertada interpretação, que as penas aplicadas aos agentes que agem em concurso de pessoas devem ser individualizadas conforme o modo de participação – maior ou menor - de cada um no fato criminoso pelos quais estejam sendo processados.

A consideração da reincidência como circunstância judicial agravante não deveria estar prevista como tal, pois é de toda inconstitucional, por contrariar os princípios orientadores de um Direito Penal Mínimo e a principiologia constitucional limitadora do poder punitivo estatal.

A reincidência leva em consideração o fato que por fora praticado no passado pelo agente e resultou em sentença condenatória desfavorável.

Fatos anteriores que não guardam relação com o fato por qual está sendo julgado o agente não deveriam ter ligação com fatos criminosos posteriores para fins de agravação da pena

Se levada em consideração a anterior condenação, há materialização do *bis in idem*, ou seja, o réu seria apenado duas vezes pelo mesmo fato.

Registra-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal – STF, no bojo do Recurso Extraordinário 4530000[59], por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência como agravante de pena como agravante da pena criminal.

A tese do autor do recurso, interposto e apresentado pela Defensoria Pública, era de que a aplicação da reincidência caracterizaria *bis in idem*. Durante a sustentação oral no Plenário, o Defensor Público Federal Afonso Carlos Roberto do Prado comparou a situação com a de pessoas que cometem infração de trânsito e nem por isso são punidas como reincidentes[60].

“O agravamento pela reincidência traz a clara situação de penalizar outra vez o mesmo delito, a mesma situação com a projeção de uma pena já cumprida sobre a outra”, afirmou. De acordo com o defensor, a regra também contraria o princípio constitucional da Individualização da Pena, estigmatiza e cria obstáculos para o réu a uma série de benefícios legais[61].

O relator do caso, ministro Marco Aurélio, negou provimento ao recurso ao afirmar que “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”. Conforme asseverou o ministro, o instituto da reincidência está em harmonia com Constituição Federal – e “a regência da matéria circunscreve-se com a oportuna, sadia e razoável política criminal, além de envolver mais de 20 institutos penais”[62].

Nesse sentido, ele destacou que as repercussões legais da reincidência são diversas e não se restringem à questão do agravamento da pena. Por essa razão, caso a regra fosse considerada inconstitucional, haveria o afastamento de diversas outras implicações que usam a reincidência como critério, a exemplo do regime semiaberto, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou por multa, do livramento condicional, da suspensão condicional do processo, dentre outros[63].

“Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal”, afirmou o ministro no mesmo julgado[64].

Seu voto foi acompanhado por todos os demais ministros que participaram do julgamento – Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o presidente, Joaquim Barbosa.

A ministra Cármen Lúcia ponderou que a regra é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais e garante àquele que cometeu um delito “a oportunidade de pensar sobre isso para que não venha a delinquir novamente em afronta à sociedade”<sup>[65]</sup>.

O presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, destacou que a pena tem finalidade ressocializadora e preventiva, de modo que o condenado que volta a cometer novo crime demonstra que a pena não cumpriu nenhuma dessas finalidades<sup>[66]</sup>.

Em que pese a decisão da Suprema Corte, além de caracterizar uma falha do próprio Estado na efetivação da função reeducadora da pena por ele imposta e executada, não há como negar que a reincidência faz referência a um fato passado e sua consideração para o agravamento da pena caracteriza *bis in idem*.

## 5 INAPLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DO MODELO PRINCIPIOLÓGICO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO ESTATAL

O ponto de partida para a compreensão do modelo constitucional de responsabilização penal no Estado Democrático de Direito é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, entre nós, encontra guarida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana constitui o epicentro que confere legitimação ao poder punitivo estatal, sendo, então, de observância obrigatória quando do exercício do *jus puniendi* e do *jus punittonis*<sup>[67]</sup>.

Do respeito à dignidade da pessoa humana decorre o princípio da não violência, que estabelece limite à intervenção repressiva estatal. Nesse sentido Marcio Sotelo esclarece que:

“a violência é por definição injusta, e não deve ser confundida com a força, que é recurso necessário do direito. A violência atinge a dignidade que todo o indivíduo deve ostentar como integrante humano. A força consiste só na superação da resistência do direito, e tem como limite necessário a integridade física e moral daquele se se opõe”[68]

No mesmo sentido, Norberto Bobbio diz que:

“o fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não agressão de cada um com todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo de comum acordo preestabelecidas, sendo a principal aquela que permite solucionar conflitos que surjam em cada situação sem recorrer à violência recíproca”[69].

A intervenção repressiva estatal, portanto, deve ser realizada com o uso controlado da força, nunca com um ato violento contra o indivíduo. Na perspectiva da dignidade da pessoa humana, as normas penais deixam de ter função meramente protetiva do bem jurídico para adquirir, também, função limitadora do poder punitivo estatal.

Na lição de João Marcelo de Araújo Júnior:

“hoje a concepção teórica do direito penal mudou. O direito penal não tem mais por finalidade fazer justiça, compensando a culpa com a pena. Essa ideia de compensação entre culpa e pena é indemonstrável e possui caráter meramente metafísico. O direito penal de um Estado Democrático de Direito, laico, não se vincula a finalidades teleológicas ou metafísicas, mas sim destina-se a fazer funcionar a sociedade... O direito penal moderno repeliu a ideia de retribuição e adotou um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva. Abandonou a ideia de que o autor

precisa sofrer para emendar-se (as ideias de arrependimento e emendas são secundárias). Hoje, a missão do direito penal não é mais causar sofrimento, mas sim reforçar no âmbito da cidadania a ideia de vigência, utilidade e importância, para a convivência social, da norma violada pelo criminoso”[70].

Em um Estado no qual todo o poder emana do povo, para preservar a liberdade individual, a função primeira do ordenamento jurídico repressivo é estabelecer claramente as regras que autorizam a criação dos tipos penais e suas respectivas penas.

A tarefa de proteger bens jurídicos com o direito penal deve iniciar pela proteção da dignidade da pessoa humana do acusado. Nesse sentido, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli é, hoje, a referência mais importante para a conformação de um sistema democrático limitador do poder punitivo estatal.

Segundo Luigi Ferrajoli, o sistema de garantias é constituído por dez axiomas fundamentais, dos quais derivam quarenta e cinco teoremas que estabelecem limites ao poder repressivo estatal. Ferrajoli vislumbrou seis axiomas relacionados ao direito penal material e outros quatro relacionados ao direito processual penal.

Os axiomas fundamentais do sistema garantista são:

1. *Nulla poena sine crime;*
2. *Nullum crimen sine lege;*
3. *Nulla lex (poenalis) sine;*
4. *Nulla necessitas sine injuria;*
5. *Nulla injuria sine actione;*
6. *Nula actio sine culpa;*
7. *Nulla culpa sine judicio;*

8. *Nullum iudicium sine accusatione;*

9. *Nulla accusatio sine probatione;*

10. *Nulla probatio sine defensione.*[71]

O primeiro, segundo e terceiro axiomas enfrentam a questão de *quando* e *comocastigar*, oferecendo garantias contra a utilização da pena. O quarto, quinto e sexto enfrentam os problemas de *quando* e *como proibir*, oferecendo garantias contra a incriminação. E o sétimo, oitavo, nono e décimo axiomas enfrentam a questão de *quando* e *como julgar*, sendo garantias que visam consecução do devido processo legal garantista.

Por intermédio do primeiro brocardo – *nulla poena sine crimine* –, entende-se que somente será possível aplicação de pena quando houver, efetivamente, a prática de determinada infração penal, que, a seu turno, também deverá estar expressamente prevista na lei penal – *nullum crime sine lege*. A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob a ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao convívio em sociedade, em atenção ao desejado Direito Penal Mínimo – *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. As condutas tipificadas pela lei penal devem, obrigatoriamente, ultrapassar a pessoa do agente, isto é, não poderá se restringir à sua esfera pessoal, à sua intimidade, ou ao seu particular modo de ser, somente havendo possibilidade de proibição de comportamentos quando estes vierem a atingir bens de terceiros – *nulla necessitas sine injuria* –, exteriorizados mediante uma ação – *nulla injuria sine actione* –, sendo que, ainda, somente as ações culpáveis poderão ser reprovadas – *nulla actio sine culpa* –, não havendo, portanto, responsabilidade penal objetiva[72].

Os demais brocardos garantistas erigidos por Ferrajoli apontam para a necessidade de adoção de um sistema nitidamente acusatório, com a presença de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa – *nulla culpa sine iudicio* – que não se confunda com o órgão de acusação – *nullum iudicium sine accusatione*. Fica, ainda, a cargo deste último o ônus probatório, que não poderá ser transferido para o acusado da prática de infração penal – *nulla accusatio sine probatione* –, devendo ser-lhe

assegurada a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes – *nulla probatio sine defensione*[73].

As limitações político-criminais de um direito penal democrático constituem princípios que, não obstante também serem indiscutivelmente reconhecidos pela moderna doutrina, estão expressos ou implícitos na Constituição e indicam o caminho para a realização da material justiça. Vale registrar que a superação da dogmática positivista fez reconhecer a normatividade dos princípios e a operacionalidade de suas orientações. O constitucionalismo do final do século XX acentuou a hegemonia axiológica dos princípios, os quais constituem a base normativa sobre a qual se assenta todo o edifício do sistema jurídico.

Como toda ciência, a política criminal possui liberdade de investigação, sendo este, portanto, o único ponto passível de elogio à Teoria do Direito Penal do Inimigo elaborada por Jakobs, vale dizer, qualquer iniciativa de investigação científica que procura solucionar o problema por ela identificado deve ser louvada tão somente pela sua existência, mas refutada, porém, no que tange à desrespeito a de princípios humanitários conquistados com muito esforço ao logo de muito tempo.

As estratégias de atuação na realidade social sofrem algumas limitações. A atividade repressiva do Estado não se legitima, unicamente, por critérios utilitários de necessidade e eficiência do enfrentamento da criminalidade. A intervenção na esfera de liberdade individual deve preservar os padrões de justiça vigentes na sociedade, de modo que o sistema de princípios acolhido relaciona-se diretamente com os valores sociais socialmente predominantes, não podendo, destarte, serem renegados – nem pela sociedade e, muito menos, pelos operadores do direito, máxime pelos legisladores - em momentos de animosidade exaltada.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios penais devem limitar a atividade repressiva estatal, estabelecendo quais são as garantias inafastáveis. O poder que emana do povo, embora utilizado para atender aos interesses da coletividade, não pode ser descuidado com qualquer de seus indivíduos.



Podem-se identificar, como fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito e limitações do poder punitivo estatal, vários princípios, todos derivados direta ou indiretamente dos axiomas garantistas elaborados por Luigi Ferrajoli.

O Direito Penal do Inimigo choca-se por, exemplo: a) com o princípio orientador de todo o sistema jurídico, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; b) com o Princípio constitucional do Devido Processo Legal (Contraditório e Ampla Defesa); c) Princípio da Alteridade, por penalizar condutas que não ultrapassem o âmbito do agente do fato; d) Princípio da Exteriorização do Fato, ao considerar como inimigo certos indivíduos que possuem, segundo a teoria, uma personalidade perigosa; e) Princípio da Intervenção Mínima, por optar por um direito penal que não interfere de maneira fragmentária e subsidiária. f) Princípio da Legalidade, em todos os seus desdobramentos, etc.

Em termos jurídicos, por tudo que se colocou até aqui, o discurso do Direito Penal do Inimigo encontra-se em evidente posição antagônica, e por isso incompatível, ao modelo principiológico garantista de Direito Penal Mínimo que vem se mostrando o mais adequado até o momento a tarefa de enfrentamento da criminalidade, por conseguir proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade - mas o fazendo apenas quando estritamente necessário, de forma fragmentária e subsidiária, intervindo minimamente nos conflitos interindividuais, limitando, dessa forma, o poder repressivo estatal – e, ao mesmo tempo, servindo de instrumento de controle social ao reprimir e prevenir condutas indesejadas que atentem de maneira grave contra os bens jurídicos essenciais à manutenção da vida em sociedade, conciliando, destarte, a proteção de bens jurídicos e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, atenta contra praticamente todos os princípios de um Estado de Direito. Não há um suavizador contra o ímpeto da violência do direito penal do inimigo, que seria o próprio direito penal garantista.

Nota-se, portanto, que medidas de política-criminal cuja dogmática orientadora seja a Teoria do Direito Penal do Inimigo não podem prosperar.

Evidente que são inconstitucionais, por atentarem contra vários - senão todos - os princípios que visam limitar a atuação repressiva estatal e fomentar a existência de um Estado materialmente Democrático de Direito. É, então, totalmente inaplicável ante ao atual modelo constitucional limitador do poder punitivo estatal.

O vício de inconstitucionalidade de medidas de política criminal baseadas na teoria do direito penal do inimigo não é a única mazela de tal sistema. A inconstitucionalidade é apenas e tão somente a consequência da adoção das políticas "inimiguistas". Sua causa está no mimetismo da violência que se espalha, sobretudo, pela adoção do modelo capitalista, mas, também, pela difusão feita pelas mídias sociais de apelos pelo recrudescimento do sistema penal como forma de amenização da criminalidade.

Faz-se necessário, então, fazer a principal crítica deste trabalho, referentes às causas originárias e as consequências da manutenção da adoção de medidas de políticas criminais baseadas no Direito Penal do Inimigo, caso em que o remédio pode se tornar inevitavelmente mais amargo do que a própria doença, mostrando ser o Direito Penal do Inimigo, conforme se demonstrará, ineficaz no que diz respeito à sua promessa de combate à violência das modernas sociedades, inclusive, por exemplo, por negar que a pena tenha qualquer caráter ressocializador, se prestando apenas e tão somente a inocuizar o indivíduo que considera inimigo.

As causas que motivam à adoção de medidas de políticas criminais com ideias assemelhadas – quando não idênticas – as da Teoria do Direito Penal do Inimigo têm origem na perpetuação de um processo mimético da violência.

René Girard é criador da **Teoria Mimética**. O ponto principal de sua pesquisa é focado na gênese da violência presente nas sociedades humanas.

Segundo a teoria da mimetização, a violência tem como uma de suas principais raízes o processo de imitação. Desejar o que o outro deseja, ter o que o outro tem, agir como o outro age, reagir como o outro reagi. Eis a gênese da violência, segundo Girard. Esse processo de mimetização é

campo fértil para o ressentimento, a inveja, a disputa de oportunidades e espaços e, conseqüentemente, a violência. Essa violência, ademais, pode surgir na forma de uma pretensa busca de justiça.

Realmente essa pode ser uma das vias explicativas para a proliferação dos atos de terrorismo religioso ou político, quando povos ou grupos se sentem explorados ou oprimidos e querem se igualar aos exploradores ou opressores. Ademais, esse teoria pode ser a via explicativa, também, de outras espécies de criminalidade, das mais simples as mais complexas.

Toda essa gênese de reprodução mimética da violência há de contar com alguma válvula de escape, de controle a impedir que o caos absoluto se instale e que a sociedade em geral venha a ruir. Girard identifica esse mecanismo de controle no “bode expiatório” por meio do qual, ainda por um processo de mimetismo, todos se unem na mesma reação de violência e exclusão contra determinados “eleitos”:

“todas as sociedades humanas, sem exceção, têm tendência a se transformar sob o efeito de sua violência interna. Quando isso se produz, elas dispõem de um meio de restabelecimento que escapa a elas mesmas e que a antropologia nunca descobriu: a convergência espontânea, mimética de toda a comunidade contra uma única vítima, o ‘bode expiatório’ em que todos se descarregam sem se difundir catastróficamente ao redor, sem destruir a comunidade.”<sup>[74]</sup>

O mecanismo do bode expiatório não é uma novidade para o mundo da criminologia. Uma identificação da sociedade punitiva com o infrator é apresentada por Reik, Alexander e Staub, baseadas no mecanismo de “projeção” *freudiana*, que levou Paul Reiwald a desenvolver sua teoria do criminoso como um “bode expiatório”, alguém sobre quem recai a descarga de culpas inconscientes<sup>[75]</sup>.

Efetivamente, tal raciocínio já se encontrava presente na criminologia psicanalítica *freudiana*, quando da definição de “tabu” como algo desejável,

mas proibido. A base do tabu seria uma ação proibida para cuja realização existe forte inclinação do inconsciente. Assim sendo, as ações consideradas desviantes têm a característica de serem atrativas aos integrantes da sociedade em geral (afinal, não seria necessário proibir algo que não seria de modo algum desejado), gerando a conclusão de que a punição dos infratores das regras sociais proibitivas se dá por um mecanismo inconsciente de identificação de desejos reprimidos[76]. Freud assevera que:

“[...] é igualmente claro por que é que a violação de certas proibições tabus constitui um perigo social que deve ser punido ou expiado por todos os membros da comunidade se é que desejam não sofrer danos. Se substituirmos os desejos inconscientes por impulsos conscientes, veremos que o perigo é real. Reside no perigo da imitação, que rapidamente levaria à dissolução da comunidade. Se a violação não fosse vingada pelos outros membros, eles se dariam conta de desejar agir da mesma maneira que o transgressor”[77].

No contexto desse referencial teórico é possível constatar que, em meio ao paroxismo da escalada da violência nas sociedades contemporâneas, emerge a iminência do caos da violência coletiva que pode decompor todo o tecido social. É nesse exato momento que se perfaz a oportunidade ideal para a tentativa de recomposição, mediante a unificação ou equalização em torno de um “inimigo” comum eleito, em outras palavras, de um “bode expiatório”. Funciona como se a dispersão caótica de ódios e violências recíprocas geradas e alimentadas pelo processo mimético fosse controlada e canalizada pelo mesmo processo imitativo para um alvo comum, visto agora como fonte de todas as dores, de todas as ofensas, obstáculos e problemas. Esse inimigo comum passa a ser objeto de um ódio generalizado, massificado, imitativo, enfim, compartilhado por quase toda a comunidade, que vê em sua destruição ou punição um alívio.

Nota-se que sempre o processo mimético que comanda todo o processo de violência, que, aliás, não terá fim, se as instituições não interromperem esse processo de mimetização.

Poucos são os que conseguem escapar a esse círculo vicioso de imitações instintivas, e o fazem correndo o risco de também se tornarem alvo do ódio ou, ao menos, de serem comparados aliados do inimigo da vez.

Não é difícil perceber o conteúdo mimético ínsito a Teoria do Direito Penal do Inimigo. O então inimigo age de forma a negar a pertinência da ordem jurídica e, em movimento mimético, imitativo, os demais componentes da sociedade passam a agir como ele, ou seja, desprezando a ordem jurídica vigente e não aplicando ao tal inimigo os princípios, normas e regras atinentes a qualquer pessoa humana. Isso é, em última instância, rebaixar-se ao nível do infrator, igualar-se a ele, imitá-lo. É reintroduzir o mal no meio da sociedade, deixando de lado a oportunidade de negar-se ao mimetismo do mal, mediante a escolha do caminho do bem. Por isso dizer que o dito remédio direito penal do inimigo pode se tornar mais amargo do que a própria doença da criminalidade.

Em síntese: a sociedade, em seu afã imitativo, tem a pretensão de agir da mesma forma que os criminosos que condena, simplesmente desprezando a ordem jurídica constitucional e legal vigente, assim como os demais princípios norteadores de um direito penal garantista, dentre os quais aquele fundante, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

A forma de tratar o criminoso inimigo seria idêntica ao mimetismo encontrado na Lei do Talião. Para o cruel, a crueldade; para o injusto, a injustiça; para o assassino, a morte. Olho por olho, dente por dente. Sempre a mesma imitação, e sempre da imitação a geração da violência em um círculo vicioso infundável.

Conforme André Luiz Callegari e Nereu José Giacomo:

“os paradigmas preconizados pelo *Direito Penal do Inimigo* mostram os seus “inimigos”, toda a

incompetência estatal. Ao reagir com irracionalidade, ao diferenciar o cidadão “normal” do “outro”. A excepcionalidade há de ser negada com o direito penal e processual constitucionalmente previstos, na medida em que a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade”[78]

É necessário, portanto, por fim ao processo de mimetização da violência, e não estimulá-lo por meio das instituições estatais, sobretudo do direito penal, ramo do ordenamento jurídico que é estigmatizante por si só, por natureza, no qual, aliás, a sociedade vem depositando suas esperanças, seus anseios de justiça, alimentando, dessa forma, o processo mimético.

Não é o direito penal o responsável primário pela educação da sociedade. A função de educar o corpo social deve ser prestada por outros meios, nunca prioritariamente pelo direito penal, que tem, através da cominação da pena, a função de proteção aos bens jurídicos mais importantes para o convívio social, servindo, em última análise, para prevenir e reprimir o crime através da aplicação da pena, nunca para infundir valores positivos na consciência dos indivíduos da sociedade. O direito penal, e a pena, têm, sim – ou pelo menos deveria ter –, a função de reeducar aquele que cometeu um ilícito, reeducando aquele que não foi capaz de se comportar de acordo com o contrato social vigente, que, aliás, talvez violou a norma mais por omissão do próprio Estado no que tange às suas obrigações de ter que ter educado e zelado pela paz social de uma maneira geral dos seus cidadãos antes que esses chegassem ao ponto de cometer crimes.

A noção de Direito Penal do Inimigo lamentavelmente encontra-se presente em várias legislações penais da sociedade, de Estados Democráticos de Direito. A necessidade trazida pela moderna sociedade de risco tem feito que a legislação pautada nessa corrente de Direito Penal Máximo se infiltre no ordenamento jurídico da maioria dos Estados, inclusive no do brasileiro.

Para Ferrajoli:

“a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosas, que as violências produzidas pelos delitos foram as violências produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”<sup>[79]</sup>

Para se colocar um fim nesse processo de mimetização deve-se parar com a utilização das políticas criminais de Direito Penal Máximo. O direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*, e mesmo assim, quando for utilizado, deve ser pautado nos princípios orientadores de um direito penal garantista, que, não obstante cumprir o papel de proteger os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento repressivo, o faz da maneira mais amena, para que justamente esse processo de mimetização seja diminuído ou, quiçá em tempos futuros, até mesmo eliminado.

#### conclusão

Em um Estado Democrático de Direito, a representação popular é legitimada através do mandato político. De um modo geral, os Poderes Legislativo e Executivo canalizam, por meio de eleições periódicas, a opinião pública.

Muitos, porém, são os fatores que levam a sociedade a considerar o direito penal como instrumento prioritário no enfrentamento da criminalidade, sobretudo o próprio aumento da criminalidade e, muitas vezes, a influência dos meios de comunicação de massa que em geral

repetem soluções de grande apelo popular, porém pouco conteúdo técnico sobre segurança pública.

Nesse contexto, aumentam também as reivindicações populares junto ao Poder Público para a adoção de medidas mais severas contra a criminalidade. Os agentes políticos normalmente evitam discordar das ideologias defendidas por seus eleitores e, assim, procuram atender às suas reivindicações, sob a justificativa de adequação do ordenamento jurídico à realidade social.

O sistema representativo normalmente serve aos interesses dos representados, mas, não deveria atender necessariamente da maneira como requer a sociedade, haja vista que os atos públicos devem ser elaborados em harmonia com os ditames legais e constitucionais e conforme a boa técnica jurídica e legislativa.

No entanto, a promulgação de algumas leis, algumas delas logo após momentos de grande comoção social, demonstram que o Brasil também incorporou em seu ordenamento jurídico as ideias de um Direito Penal Máximo - sobretudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, os princípios da Teoria do Direito Penal Máximo também podem ser encontrados na Lei do Regime Disciplinar Diferenciado; Lei dos Crimes Hediondos; Lei do Abate; no âmbito do Código Penal, na consideração dos antecedentes, personalidade do agente e conduta social como circunstâncias judiciais desfavoráveis; e ainda na reincidência como circunstância agravante da pena.

As políticas-criminais baseadas na Teoria do Direito Penal do Inimigo, no entanto, podem implicar em consequências práticas e jurídicas exatamente opostas às soluções de redução da criminalidade. No plano jurídico, essas políticas podem atentar principalmente contra direitos fundamentais Constitucionais; e no plano prático, enfrentam os efeitos da criminalidade e não as suas causas.

Cabe reconhecer que a violência decorre de um conjunto de fatores e, na topografia dos problemas sociais, o crime é a "ponta do iceberg". Dentre



esses fatores, pode-se apontar inclusive as falhas e omissões do próprio Estado na promoção da paz social.

Por isso, pode-se afirmar que a redução da criminalidade definitivamente não será atingida apenas com políticas de repressão criminal agressivas, mas também com outras medidas que se encontram inclusive fora do direito penal como, por exemplo, a educação, distribuição de renda, políticas sociais e a promoção de uma cultura da paz.

Ademais, a opção por políticas de segurança pública de um Direito Penal Máximo elege o direito penal como *prima ratio* na resolução dos problemas sociais. No entanto, estas deveriam ser adotadas em último caso, após vencidos todos os esforços de pacificação, e, mesmo assim, deveriam visar a reeducação do condenado, caso contrário, estar-se-ia admitindo o duplo fracasso do Estado, primeiro nas suas funções de prevenir o crime e depois de ressocializar os apenados.

Quando o Estado falha em suas funções alheias ao direito penal, mas que previnem a violência, e elege a severa repressão como instrumento prioritário para o enfrentamento do problema da criminalidade, isso gera um mimetismo que, de certa forma, passa a ser praticado também pelo próprio Estado. Dessa forma, enfrenta-se violência com mais violência.

Assim, o recrudescimento do sistema penal por meio da adoção de políticas públicas baseadas no Direito Penal do Inimigo não se mostra eficaz ao objetivo a que se propõe, qual seja, a pacificação social, mas, ao contrário, tendem a fomentar ainda mais a violência por perpetuar o processo de mimetização da violência.

Portanto, para a redução da violência, as políticas de segurança públicas devem ser elaboradas em harmonia com as demais políticas estatais de redução da criminalidade, muitas delas fora do Direito Penal, não necessariamente a maior criminalização de condutas, o recrudescimento das penas e a extinção de garantias processuais penais.

Assim, o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*, e mesmo assim, quando recorrido, deve ser pautado nos princípios orientadores de um

direito penal garantista, que, não obstante cumprir o papel de proteger os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, o faz da maneira mais amena, para que justamente esse processo de mimetização da violência seja diminuído ou, quiçá em tempos futuros, até mesmo eliminado.

#### Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Societas delinquere potest** – revista da legislação comparada e estado atual da doutrina.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro, v. I**. Rio de Janeiro: REVAM, 2003.

BRASIL. **Presidência da República**. Decreto Lei 2.848/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 de outubro 2014.

\_\_\_\_\_. **Presidência da República**. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto Lei 3158/1948. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/315848.doc>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Presidência da República**. Lei 7.210/1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014

\_\_\_\_\_. **Presidência da República**. Lei 8.072/98. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm).

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Violência e mimetismo: o direito penal do inimigo sob a ótica girardiana**. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v. 17, n. 389, 1 de abril de 2013, p. 46-49.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo, Saraiva, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Naional-Socialismo**. São Paulo: Editora Lumem Juris, 2010.

DARHENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 411.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia crítica e reforma da legislação penal**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).

ELÚCIA, Antônia Alencar. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 895, maio. 2010, p. 471-498.

FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal Parte geral**. 5. Ed. Editora Saraiva: 2013.

GOMES, Luís Flávio. **Legislação inglesa antiterror não vale**. Disponível em [www.juspodivm.com.br](http://www.juspodivm.com.br). Acesso em 17/10/2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. – 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas – O sistema penal em questão**. Niterói: Editora Luam, 1991, p. 63.

LUISSI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARCHHI JUNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo criminal**. Disponível em: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br).

MOREIRA, Rômulo Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Disponível em: [www.ultimainstancia.uol.com.br](http://www.ultimainstancia.uol.com.br). Acesso em 17/10/2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1988.

RITA, Maria Monroe Danielle. **Direito penal do inimigo: óptica filosófica, aspectos de legitimidade e crise da modernidade e do homem**. Franca, 2009.

RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus navegandi, Teresina, ano 8, n. 62. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730>, 2 de fevereiro de 2003.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. São Paulo. Editora RT, 2007.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **O contra-ataque garantista à globalização**. Boletim IBCCRIM 177/6-7. São Paulo: IBCCRIM, agosto, 2007.

**Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>. Acesso em 28 de outubro 2014.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Recurso Extraordinário que julgou constitucional a incidência da reincidência como circunstância agravante da pena criminal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em 30 de outubro de 2014.

VALE, Ionilton Pereira do. **Direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos**. Revista dos Tribunais, v. 100, n. 909, julho, 2011, p. 163-186.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar.

NOTAS:

- [1] Cifra negra é a parcela de infrações penais que não foram objeto de persecução penal pelo Estado.
- [2] GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014, p. 8.
- [3] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, v. I. Rio de Janeiro: REVAM, 2003, p. 648.
- [4] HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas – O sistema penal em questão**. Niterói: Editora Luam, 1991, p. 63.
- [5] MARCHHI JUNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo criminal**. Disponível em: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br)
- [6] GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014, p. 2.
- [7] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia crítica e reforma da legislação penal**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [8] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1988, pp. 31-32.
- [9] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 291.
- [10] DARHENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 109.
- [11] DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 411.
- [12] LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 28-29.
- [13] PALIERO, Carlos Henrique **Apud LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 28-29.
- [14] A seletividade do direito penal decorre do anseio de manutenção do poder das classes econômicas e politicamente dominantes que, invertem o valor da vida em relação ao patrimônio, consistindo, portando, em ser o direito penal mais direcionado para a punição dos que são econômica e politicamente desfavorecidos.
- [15] WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, p. 26.
- [17] RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus navegandi, Teresina, ano 8, n. 62. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730>, 2 de fevereiro de 2003. Acesso em 23 de setembro de 2014.

- [18] OSNA, Gustavo. **Apud** GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2014, p.21.
- [19] RITA, Maria Monroe Danielle. **Direito penal do inimigo: óptica filosófica, aspectos de legitimidade e crise da modernidade e do homem**. Franca, 2009, p. 9.
- [20] RITA, Maria Monroe Danielle. **Direito penal do inimigo: óptica filosófica, aspectos de legitimidade e crise da modernidade e do homem**. Franca, 2009, p. 9.
- [21] *Ibidem*.
- [22] *Ibidem*.
- [23] *Ibidem*.
- [24] CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Naional-Socialismo**. São Paulo: Editora *Lumem Juris*, 2010, p. 66-65.
- [25] *Ibidem*.
- [26] CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Naional-Socialismo**. São Paulo: Editora *Lumem Juris*, 2010, p. 66-65.
- [27] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [28] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [29] RITA, Maria Monroe Danielle. **Direito penal do inimigo: óptica filosófica, aspectos de legitimidade e crise da modernidade e do homem**. Franca, 2009, p. 9.
- [30] *Ibidem*.
- [31] ELÚCIA, Antônia Alencar. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 895, maio. 2010, p. 471-498.
- [32] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [33] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [34] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [www.icpc.org.br](http://www.icpc.org.br).
- [35] *Ibidem*.
- [36] *Ibidem*.

[37] JAKOBS, Gunter. *Apud* GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2014, p.23.

[38] *Ibidem*.

[39] ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 895, maio. 2010, p.482.

[40] ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 895, maio. 2010, p.482.

[41] ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 895, maio. 2010, p.482.

[42] BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: . Acesso em 28 de outubro de 2014.

[43] MOREIRA, Rômulo Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Disponível em: [www.ultimainstancia.uol.com.br](http://www.ultimainstancia.uol.com.br). Acesso em 17/10/2014.

[44] 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: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, visita em 28 de outubro de 2014.

[45] GOMES, Luís Flávio. **Legislação inglesa antiterror não vale**. Disponível em [www.juspodivm.com.br](http://www.juspodivm.com.br). Acesso em 17/10/2014.

[46] Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Disponível em [www.camara.gov.br/sileg/integras/315848.doc](http://www.camara.gov.br/sileg/integras/315848.doc). Visita em 28/10/2014.

[47] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>

- [48] BRASIL. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [49] BRASIL. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [50] SILVA, Ivan Luís Marques da. **O contra-ataque garantista à globalização**. Boletim IBCCRIM 177/6-7. São Paulo: IBCCRIM, agosto, 2007.
- [51] SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. São Paulo. Editora RT, 2007, P. 114.
- [52] BRASIL. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [53] BRASIL. Decreto Lei n. 2.848/1940. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [54] BRASIL. Decreto Lei n. 2.848/1940. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [55] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. – 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- [56] Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à **conduta social**, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicadas dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites impostos; III – o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. BRASIL. Decreto Lei n. 2.848/1940. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [57] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 560.
- [58] BRASIL. Decreto Lei n. 2.848/1940. Lei n. 8.702 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 de outubro de 2014.
- [59] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em 30/10/2014



[60] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em 30/10/2014.

[61] *Ibidem*.

[62] *Ibidem*.

[63] *Ibidem*.

[64] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em 30/10/2014.

[64] *Ibidem*.

[65] *Ibidem*.

[66] *Ibidem*.

[67] GALVÃO, Fernando. **Direito penal Parte geral**. 5. Ed. Editora Saraiva: 2013, p. 123.

[68] FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**, p. 106.

[69] BOBBIO, Noberto *Apud* GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 124

[70] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Societas delinquere potest – revista da legislação comparada e estado atual da doutrina**, p. 94.

[71] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 10.

[72] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 10.

[73] *Ibidem*.

[74] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Violência e mimetismo: o direito penal do inimigo sob a ótica girardiana**. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v. 17, n. 389, 1 de abril de 2013, p. 46-49.

[75] *Ibidem*.

[76] *Ibidem*.

[77] *Ibidem*.

[78] *Apud* VALE, Ionilton Pereira do. **Direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos**. Revista dos Tribunais, v. 100, n. 909, julho, 2011, p. 163-186.

[79] FERRAJOLI, Luigi *Apud*, VALE, Ionilton Pereira do. **Direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos**. Revista dos Tribunais, v. 100, n. 909, julho, 2011, p. 163-186.

## **SEREMOS HISTÓRIA? A LUTA DE LEONARDO DICAPRIO EM PROL DA PROTEÇÃO AMBIENTAL EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DESENFREADO**

**FRANCISCO RENATO SILVA COLLYER:** Mestre em Direito Constitucional, graduado em Direito e Ciências Sociais. Especialista em Ciência Política, Direito Público e Gestão Ambiental. Professor nas áreas de Direito (com ênfase em Direito do Estado, Tributário e Empresarial), Ética e Sociologia.

Um dos frutos maléficos da ideologia liberal-individualista dos séculos XIX e XX foi o sentimento de apropriação no tocante ao uso e exploração da terra. Os avanços tecnológicos e científicos da Revolução Pós-Industrial trataram de corroborar o pensamento de que a natureza, por si só, daria conta de suprir as necessidades humanas e de um mercado cada vez mais crescente e dependente de matérias-primas. Esse pensamento, entretanto, não era novo. Desde a Idade Média, pregava-se a visão de que o próprio Criador dera ao homem poder absoluto sobre a terra, para dela dispor como bem quisesse, pois os recursos, pensava-se, eram ilimitados. Presenciamos, atualmente, uma crise ambiental que é reflexo dessa contraposição entre os interesses humanos (com vistas ao desenvolvimento) e da natureza (preservação e equilíbrio ambientais).

A necessidade de inserir o meio ambiente no rol dos direitos subjetivos mercedores de uma maior tutela jurisdicional veio apenas nos anos 1970, com a conscientização de que os recursos naturais eram escassos e que a exploração desenfreada poderia resultar em catástrofes ambientais. A sociedade tinha que lidar com o modelo econômico capitalista e a manutenção da qualidade de vida. Restou ao Estado a difícil tarefa de criar um aparato legislativo capaz de conter os excessos praticados contra a natureza, gerir os riscos ambientais e, ainda, não representar um entrave ao desenvolvimento.

O marco internacional da proteção jurídica ambiental e da difusão da crise ambiental foi dado em 1972, na Conferência de Estocolmo, onde o meio ambiente foi tratado como um bem jurídico autônomo pela primeira vez, ou seja, como algo a ser protegido por si só, sem depender dos interesses de apropriação e desenvolvimento da espécie humana. Assim,

estabeleceu-se a necessidade de se adequar e compatibilizar o progresso humano com a preservação ambiental, o chamado desenvolvimento sustentável.

Passamos a presenciar o fenômeno do “esverdeamento” das Constituições, em que países como Brasil, Colômbia, Portugal, Espanha e Panamá, por exemplo, passaram a incorporar o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental constitucional, representando um avanço, pelo menos do ponto de vista formal, no tratamento da questão ambiental.

A proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro ganhou status de direito fundamental com o advento da Constituição de 1988 que, em seu artigo 225, cristalizou as noções de equidade intergeracional e ambiente ecologicamente equilibrado como componente essencial para o aumento do nível da qualidade de vida da coletividade. Ao declarar, no supracitado artigo, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” o Estado coloca a questão ambiental num patamar superior às demais questões e, mesmo que não esteja no rol dos direitos fundamentais tradicionais, constantes nos artigos iniciais da Constituição, a preocupação ambiental merece proteção e tratamento especiais.

O artigo 225 continua declarando que se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Temos, aqui, o dever de preservação, compartilhado entre Estado e sociedade, seguindo o princípio da participação na proteção ambiental. Não restam dúvidas de que a visão de que a proteção era responsabilidade tão somente das autoridades públicas se encontrava ultrapassada e impossível de se perpetuar haja vista a mudança da própria demanda protetional e da mentalidade da sociedade civil.

O chamado Princípio do Desenvolvimento Sustentável tem previsão implícita no citado artigo 225 combinado com o artigo 170, inciso VI, ambos do texto Constitucional, e expresso no Princípio 04 da Declaração do Rio, que declara que “para se alcançar um desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente”.

Em sentido amplo, sustentabilidade se refere à condição de um processo ou sistema que permite a sua permanência, em certo nível, por determinado prazo.

A expressão desenvolvimento sustentável foi utilizada pela primeira vez no ano de 1950 pela IUCN (em inglês, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources). A União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais foi criada em 1948, e reúne 81 Estados, 113 agências governamentais, mais de 850 ONGs (organizações não-governamentais) e cerca de 10.000 especialistas e técnicos de mais de 180 países, numa associação mundial de carácter único. A IUCN tem como objetivo influenciar, alertar e ajudar os povos de todo o mundo a conservar a integridade e a diversidade da Natureza e assegurar que o uso dos recursos naturais seja equitativo e ecologicamente sustentável.

No ano de 1987, o Relatório Nosso Futuro Comum, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, delimitou o desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

No Brasil, o conceito de desenvolvimento sustentável não é tão novo, pois já o artigo 4º da Lei 6.938, de 1981, declarava que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “a compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

O planeta Terra é um grande ecossistema natural, chamado de Biosfera, que demanda uma tutela global, vez que os danos ambientais oriundos da poluidora ação humana têm a potencialidade de atingir todas as partes do planeta.

Uma vez que o meio ambiente não conhece fronteiras, mas apenas o homem, tornou-se crescente a necessidade da solidariedade entre as nações a fim de formularem políticas públicas universais para o desenvolvimento sustentável, em especial por meio da celebração de tratados internacionais que instituem metas de redução e controle da poluição.

O termo desenvolvimento sustentável (ou simplesmente sustentabilidade) tornou-se comum em nossos dias em virtude da

preocupação cada vez mais latente, nessa geração, a respeito do legado que será deixado para as gerações futuras. Ou seja, até que ponto as ações praticadas hoje serão malélicas para as gerações da posteridade.

Assim, o Princípio da Sustentabilidade Ambiental pode ser entendido a partir do processo de uso dos recursos naturais disponíveis. É dizer, o uso dos recursos naturais disponíveis para a satisfação de uma determinada geração não pode comprometer a satisfação das necessidades das futuras gerações.

Sob este enfoque, o Direito, sobretudo o Direito Internacional Ambiental, criou e vem criando mecanismos de defesa do meio ambiente com o objetivo de aliar desenvolvimento e proteção ambiental. Assim, a tutela ambiental visa à proteção do meio ambiente levando-se em conta o caráter da limitação dos recursos naturais e que estes devem ser preservados para as gerações futuras. Trata-se da chamada equidade intergeracional, é dizer, a obrigação das presentes gerações de legar às gerações futuras o meio ambiente equilibrado.

Na tentativa de impactar os expectadores e angariar adeptos à causa do combate ao aquecimento global, o documentário "Seremos história?", de 2016, dirigido por Fisher Stevens e apresentado por Leonardo DiCaprio, traz dados e uma visão realista e assustadora sobre a evolução das condições climáticas do planeta: um prognóstico ruim caso os fatores interferentes não mudem, e o que poderia ser feito para amenizar essa evolução catastrófica.

No longa, que conta com a produção executiva de Martin Scorsese, Leonardo DiCaprio viaja por diversos países como Indonésia, China, Índia e Canadá para compreender as diversas visões e posicionamentos sobre as mudanças climáticas. Na tentativa de compreender a visão global dos diferentes líderes políticos, DiCaprio entrevista personalidades como o presidente dos Estados Unidos (à época), Barack Obama, o papa Francisco e Ban Ki-moon, secretário geral da ONU, além de pesquisadores da NASA, cientistas, ativistas e conservadores florestais.

Ao conceder uma rápida entrevista em tom informal a Leonardo DiCaprio, Obama expõe sua preocupação com o aquecimento global e diz sentir muito que talvez suas filhas e netos não possam ver a neve e as geleiras do Alasca como ele mesmo viu.

Já na Indonésia, o ator visitou a última grande floresta onde orangotangos, elefantes e rinocerontes ainda convivem naturalmente. Entre as histórias, Leonardo DiCaprio lembra de sua primeira conversa com Al Gore, ex-vice-presidente dos EUA, em um encontro há 20 anos, a respeito das catastróficas consequências que o abuso do dióxido de carbono poderia causar. Segundo o ator, na época ele achou inacreditável, mas hoje relata ficar aterrorizado ao ver as previsões se concretizarem.

Em 2014, DiCaprio foi nomeado mensageiro da paz pela ONU para o clima. Ele viu de perto as consequências das mudanças climáticas ao filmar o longa "O Regresso", lançado em 2016 e que lhe dera o Oscar de melhor ator daquele ano. O diretor Alejandro González Iñárritu relata que a locação no Canadá precisou ser alterada quando as temperaturas bateram recordes e todo o gelo da região derreteu.

De volta aos Estados Unidos, DiCaprio foi para Miami, na Flórida, e entrevistou o prefeito Philip Levine, que explicou que, devido ao derretimento das geleiras causado pelas mudanças climáticas, o nível do mar está se elevando e a água invadindo a cidade, colocando em risco a população. Alguns moradores tiveram que se adaptar a situação, deixando caiaques preparados para serem usados como meio de transporte em caso de um possível desastre.

Para evitar as enchentes de água do mar até em dias ensolarados, o prefeito Levine elevou o nível das ruas nas áreas baixas da cidade e instalou bombas para retirar a água, uma medida que, segundo ele próprio, representa apenas uma medida paliativa para os próximos 40 anos, quando o nível do mar ficará maior que as barreiras novamente.

Pesquisas apontam que um dos principais motivos do aquecimento global é a liberação em excesso do gás dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), favorecida pela ação humana. A elevação dos níveis desse gás na atmosfera teve início na Revolução Industrial, quando o pico de crescimento das indústrias gerou a necessidade de encontrar uma fonte de energia em larga escala, dado início ao uso da queima dos combustíveis fósseis, que tem como produto o CO<sub>2</sub>. O excesso desse gás leva ao chamado efeito estufa e consequentemente ao aumento das temperaturas do planeta.

Como tentativa de frear os impactos ambientais que vem sendo observados os governos poderiam cobrar impostos sobre as atividades que liberam carbono na atmosfera e investir em formas sustentáveis de obtenção de energia como a eólica e a solar. Além disso, os governos

deveriam utilizar a informação como meio de mudança, já que uma população que conheça e entenda a gravidade desses dados pode mudar seus hábitos de consumo (como reduzir a ingestão de carne bovina, por exemplo) e com isso influenciar as atitudes de grandes corporações. Todas essas mudanças em um primeiro momento são mais fáceis de serem adotadas por países desenvolvidos, já que neles a população tem maior nível de esclarecimento e possui maior poder aquisitivo. Os países em desenvolvimento tem grande parte da sua população em situação financeira muito deficitária, o que acaba por favorecer o uso de combustíveis fósseis, que são mais baratos e acessíveis à população de uma maneira geral. Cabe aos países desenvolvidos o início da adoção de medidas para redução dos impactos ambientais, que sirvam de modelo para as alterações no resto do mundo.

Caso os acordos internacionais para a redução da emissão de carbono não sejam levados a sério pelos governos dos países e seus habitantes, as condições climáticas podem ter pioras importantes, fazendo da Terra um planeta inabitável para as próximas gerações.

## **A ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UMA VISÃO DOS 25 ANOS DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**

**THIAGO GUEDES ALEXANDRE:** Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Tecnólogo em Comércio Exterior pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Especialista em Direito do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Ex-Procurador do Estado do Acre e Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado da União.

**Resumo:** Este artigo propõe-se a analisar o papel da advocacia pública consultiva no combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública. Mais especificamente, pretende analisar a atuação dos advogados federais, a partir do fortalecimento do papel da Advocacia-Geral da União (AGU). Aborda, de início, o arcabouço normativo que permeia o tema, destacando-se a função preventiva e auxiliar dos advogados federais no controle de juridicidade dos atos administrativos, diferenciando o papel institucional da AGU dos demais sistemas de controle federais: Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público Federal (MPU) e Controladoria Geral da União (CGU). Ademais, este artigo apresenta os entendimentos a respeito da responsabilização pelo TCU dos advogados públicos consultivos em relação aos seus pareceres emitidos, com esteio no parágrafo único do artigo 38 da Lei de Licitações. Defende a concessão de garantias e prerrogativas aos membros da advocacia pública consultiva, em razão do papel e das pressões que sofrem em razão destes procedimentos. Apresenta um panorama histórico da AGU, enquanto entidade voltada ao controle das atividades estatais e a sua atuação nos seus 25 anos de existência no combate à corrupção.

**Palavras-chave:** Advocacia-Geral da União. Advocacia pública consultiva. Corrupção. Controle preventivo. Licitação e contratação pública.



**Abstract:** This article proposes to analyze the role of public advisory advocacy in the fight against corruption in public procurement procedures. Specifically, it intends to analyze jobs of federal lawyers, starting with reinforcement of the role of the General Advocacy of the Union (AGU-Brazil). It addresses, at the outset, the normative framework that permeates the subject, highlighting the preventive and auxiliary function of federal lawyers in controlling the legality of administrative acts, differentiating the institutional role of the AGU-Brazil from other federal control systems: Union Court of Auditors (TCU-Brazil), Federal Public Prosecutor's (MPF-Brazil), and Controllershship General of the Union (CGU-Brazil). Besides, this article presents understandings regarding the TCU-Brazil responsibility of the public advisory attorneys in relation to their opinions issued, based on the sole paragraph of article 38 of the Law on Tenders. It defends the granting of guarantees and prerogatives to members of public advisory advocacy, because of the role and pressures they suffer as a result of these procedures. It presents an overview of the AGU-Brazil, since beginning as entity focused on the control of state activities and its performance in its 25 years of existence in the fight against corruption.

**Keywords:** General Advocacy of the Union (AGU-BRAZIL). Public advisory advocacy. Corruption. Preventive control. Tenders and Public Contracts

**Sumário:** Introdução; 1 A legitimidade da advocacia pública consultiva no combate à corrupção; 2 A Advocacia-Geral da União e seus 25 anos de atuação no combate a corrupção; 3 Considerações Finais; Referências.

---

## **Introdução.**

O combate a corrupção nas contratações públicas é tema atual e de suma importância para a segurança jurídica das políticas públicas brasileiras, exigindo do advogado público especial atenção em seus pareceres, haja vista o disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93. Desde já, é preciso recordar a polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza do parecer jurídico exarado no processo de contratação pública, cabendo mencionar o entendimento do Supremo

Tribunal Federal no sentido de admitir potencial responsabilidade solidária entre o parecerista e o administrador, sob o argumento de que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo "*partilha do poder de decisão*". [1]

Não obstante as críticas a serem feitas a esse entendimento da Suprema Corte, é certo que os advogados públicos que atuam com licitações e contratos assumem uma enorme carga de responsabilidade, sendo submetidos aos mais diversos tipos pressões, notadamente dos administradores públicos e das empresas que participam desse procedimento. Deste modo, é indispensável à concessão de garantias e prerrogativas para estes servidores, sobretudo no que tange a autonomia funcional, bem como apoio institucional na condução do seu trabalho.

Por outro lado, não se pode esquecer que os gestores são os legitimados para estabelecer as diretrizes das políticas públicas a serem implantadas, devendo-se sempre presumir a boa-fé de seus atos. Frise-se que o papel da advocacia pública consultiva não pode ser confundido com a função institucional do Ministério Público ou mesmo com a dos órgãos de auditoria e fiscalização (no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União), conforme se observa da própria Constituição Federal.

O presente artigo tem dois objetivos essenciais: 1) destacar o papel da advocacia pública consultivo no combate à corrupção nas contratações públicas; 2) apresentar aos colegas da advocacia pública federal uma visão dos 25 anos da Advocacia-Geral da União em favor da segurança jurídica do Estado brasileiro.

O presente estudo abordará o arcabouço normativo que legitima a advocacia pública no combate à corrupção com foco nas licitações e contratações públicas, ressaltando sua função preventiva e auxiliar no controle de juridicidade, diferenciando seu papel institucional dos demais sistemas de controle (Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal e Controladoria Geral da União) no âmbito federal, bem como serão tecidos comentários sobre as suas responsabilidades funcionais e sobre as garantias e prerrogativas para consecução de tal finalidade. Será

apresentado, por fim, um panorama histórico da Advocacia-Geral da União - AGU, enquanto entidade voltada ao controle das atividades estatais, e sua atuação nos seus 25 anos de existência no combate à corrupção.

### **1. O papel da advocacia pública consultiva no combate à corrupção nas contratações públicas.**

Inicialmente, a fim de apresentar as balizas do tema, impende destacar a base constitucional e legal para a atuação da advocacia pública no combate à corrupção:

#### CAPÍTULO IV DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

[...]

##### Seção II

##### DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, *as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.* (grifo nosso)

[...]

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e *a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

A Constituição de 1988 – CF/88, não por acaso, confere a advocacia pública o status de *função essencial a justiça*, cabendo unicamente a estes advogados, a serviço da União e dos Estados, a competência funcional de

representar judicial e extrajudicialmente os entes políticos a que estão vinculados, e, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Percebe-se, por sua posição topográfica, que o constituinte teve o cuidado de situar a advocacia pública fora dos três Poderes da República, não para formar um “quarto poder”, mas para que pudesse exercer, com independência, seu encargo constitucional. Frise-se, por oportuno, que sua missão não se exaure na representação judicial ou na consultoria jurídica de um determinado ente político, pois transcende este aspecto para servir aos Poderes da República na qualidade de função essencial ao Sistema de Justiça do Brasil, promovendo segurança jurídica e harmonia nas relações jurídicas institucionais e com os administrados, ou seja, a sociedade brasileira, a quem serve em último grau.

A atuação da advocacia pública não se restringe na defesa de interesses dos entes políticos ou dos seus agentes, indo muito além, tendo o texto constitucional lhe conferido legitimidade para atuar no Sistema de Justiça, defendendo os valores e as exigências morais de uma vida em sociedade, segundo as diretrizes constitucionais e legais. Portanto, o desígnio “Justiça” não se confina à prestação jurisdicional afeta ao Poder Judiciário, recaindo sobre a própria defesa do Estado Democrático e dos Direitos Fundamentais, necessitando, pois, da intervenção direta de outras instituições fora do âmbito do Judiciário com competência constitucional para também promover “Justiça”, quais sejam: Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Advocacia Privada, todos garantidores e defensores dos interesses da sociedade e do Estado. Sobre o papel dos órgãos que compõem às Funções Essenciais à Justiça, Diogo Figueiredo Moreira Neto (1991, pág. 31) assevera que:

Sem esses órgãos, públicos e privados de advocacia, não pode haver justiça, aqui entendida como a qualidade ética que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, e,

sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de 'essenciais à justiça' (Título IV, Capítulo IV, da Constituição).

Nesse contexto, o combate à corrupção, a proteção da probidade e a defesa do patrimônio público exurgem como missões institucionais da advocacia pública; seja em sua forma *preventiva*, a exemplo da atuação dos advogados consultivos, especialmente nos processos de licitações e de contratações públicas, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93, tema deste trabalho e que será desenvolvido a seguir; seja em sua forma *repressiva* ou *proativa*, por meio de instrumentos de controle judicial à disposição dos advogados públicos na defesa e recuperação do erário: a) ação de improbidade (Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 – art. 17, *caput* parágrafo segundo); b) ação civil pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – art. 5º, *caput*, inciso III, e parágrafo segundo); c) ação popular (Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – art. 6º, parágrafo terceiro); d) bem como as medidas previstas na Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013 – art. 19, *caput*, e parágrafo quarto), dentre outras leis.

Portanto, a atuação da advocacia pública no combate à corrupção nada mais é do que o exercício rotineiro de suas competências e obrigações constitucionais e legais; um desdobramento natural do papel que a instituição desempenha em defesa do Estado e, em última instância, da própria sociedade.

Destarte, passo a analisar o papel da advocacia pública federal no combate à corrupção a partir do exame da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, especificamente do seu artigo 11, que dispõe sobre as competências das Consultorias Jurídicas da Advocacia Geral da União – AGU, *in verbis*:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

*I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; (grifo nosso)*

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

*V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; (grifo nosso)*

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Segundo o texto em destaque, observa-se que, dentre as competências das consultorias jurídicas, cumpre ao advogado consultivo assessorar e assistir os agentes públicos no controle interno de legalidade dos atos administrativos.

Essa função *preventiva* e de *auxiliar* no controle de legalidade (ou *dejuridicidade*, como preferem alguns) dos advogados públicos da AGU, é o que o distingue das funções exercidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU e da Controladoria Geral da União – CGU, os quais são responsáveis pelo controle externo e interno do ato administrativo, respectivamente,

mas *posterior* a prática desse ato e sem competência para assistir ou assessorar as autoridades públicas e sim fiscalizar e punir o mau gestor, sendo estes de natureza técnico-financeira. O Ministério Público Federal – MPF, de forma semelhante aos órgãos de controle e auditoria, também não possui entre seus objetivos institucionais o de auxiliar ou assessorar o administrador público, cabendo-lhe, essencialmente, a defesa da ordem jurídica.

Embora existam pontos de convergência entre as funções dessas instituições, a exemplo da mesma legitimidade democrática para o combate à corrupção, deve ser ressaltado o papel do advogado público de auxiliar do gestor no controle de legalidade dos seus atos, assessorando-o juridicamente na tomada das decisões administrativas. Portanto, diferentemente do papel técnico-jurídico dos advogados consultivos da AGU, com destaque para as licitações e contratações públicas, a CGU e o TCU possuem competência técnico-financeira para a fiscalização, sendo o principal diferencial entre ambos o fato de que a CGU é o órgão de controle interno do Poder Executivo com atribuição de monitorar a gestão pública e recomendar melhorias ao longo do processo, enquanto o TCU é órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo e com competência para julgamento administrativo das contas dos gestores públicos no âmbito dos três poderes. Já o MPF exerce, com maior ênfase, uma função repressiva para proteção do patrimônio público e social, visando, mais destacadamente, a punição criminal e civil dos administradores públicos faltosos.

A advocacia pública consultiva se destaca das demais instituições que também atuam no combate à corrupção por evitar previamente eventuais incorreções das ações administrativas, indicando os caminhos alternativos, dentro da margem de legalidade, para que os gestores possam conduzir as políticas públicas dos representantes do povo, eleitos democraticamente. Destarte, impera ressaltar que o advogado público não atua com conveniência e oportunidade, nem participa, em princípio, da tomada de decisão administrativa, competindo-lhe recomendar as providências necessárias e apontar os meios viáveis para a prática do ato pelos administradores.

Não se pode esquecer que os gestores são os verdadeiros legitimados para estabelecer as diretrizes das políticas públicas a serem implantadas, devendo-se presumir a boa-fé de seus atos, sem se descuidar das boas práticas para uma correta fiscalização. Assim, impende reconhecer que há um largo espaço para a atuação da consultoria jurídica na prevenção e no combate à corrupção.

Com essas considerações sobre o papel da advocacia pública consultiva no combate à corrupção, convém iniciar o estudo do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93), que assim dispõe:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Preliminarmente, cumpre ressaltar mais uma vez que a análise dos processos de licitação e contratação realizadas pelo poder público é atividade inerente e exclusiva dos órgãos consultivos da advocacia pública, sendo de suma importância conferir segurança jurídica para esses procedimentos. Por isso, as manifestações jurídicas que examinam contratações públicas são, em regra, elaboradas sob a forma de *parecer*, figura que possibilita pronunciamentos de maior profundidade, conforme dispõe o Enunciado BPC nº 03, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União. [2]

O dispositivo legal acima mencionado trata sobre a análise das minutas de editais, contratos e convênios e instrumentos congêneres, pela assessoria jurídica. Aspecto relevante a ser mencionado diz respeito ao caráter preventivo dessa análise jurídica. Destarte, reproduzimos os ensinamentos do advogado da união Ronny Charles Lopes de Torres (2017, pág. 454):

O prévio exame das minutas, pelo órgão de assessoramento jurídico, é de suma importância, pois permite um controle preventivo da legalidade,



evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público. Assim, imagina-se evitar a concretização de ato danoso ao Erário e a materialização de prejuízos que a atuação repressiva, na maioria das vezes, não consegue recuperar.

Não é a toa que o TCU vem insistindo na necessidade de que o exame, pelo órgão de assessoramento jurídico, seja realizado previamente à assinatura do instrumento, tendo, inclusive, determinado ao Ministério da Saúde que criasse mecanismos de controles internos eficientes, de forma a garantir o cumprimento integral das recomendações expedidas pela Consultoria Jurídica, bem como a não alteração, inclusão ou retirada de itens nas minutas de edital e contrato, sem o prévio conhecimento daquela Consultoria (TCU – Acórdão n.º 1.350/2007 – Plenário).

Por certo, o parecer jurídico emitido pela Consultoria Jurídica tem por objetivo orientar previamente a decisão a ser adotada pela autoridade consulente, servindo ainda de instrumento de controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos, conforme interpretação sistemática dos dispositivos mencionados anteriormente.

Outro ponto de suma importância para correta compreensão do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, diz respeito à *natureza opinativa* do parecer jurídico, haja vista especialmente o debate doutrinário e jurisprudencial que envolve a responsabilização pessoal do parecerista nas licitações.

Inicialmente, aponte-se que o Supremo Tribunal Federal faz a distinção entre três espécies de pareceres: [\[3\]](#)

- a) facultativo: “a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de

decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo”;

- b) obrigatório: “a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo ao novo parecer”; e
- c) vinculante: “a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante; essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

O parecer, por essência, é de natureza opinativa, sendo classificado doutrinariamente como ato administrativo enunciativo. No que tange o parecer vinculante, há certo desvio dessa natureza, ao passo em que o parecerista assumiria participação no poder de decisão administrativa. Em consequência disso, poderia ser responsabilizado juntamente com a autoridade consultente.

Tanto o STF<sup>[4]</sup> como o TCU<sup>[5]</sup> já entenderam que o parecer jurídico, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.66/1993, não constituiria ato meramente opinativo, podendo levar à responsabilização do emitente, uma vez que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo “*partilha do poder de decisão*”.

Recentemente, o TCU<sup>[6]</sup> voltou a decidir que o parecerista jurídico poderia ser responsabilizado solidariamente com o gestor quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal.

Contudo, essa assertiva é desmentida pela própria prática administrativa, já que ocorrem contratações e publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão de assessoramento

jurídico, sem que isso acarrete a anulação ou invalidação dos atos administrativos, pelos órgãos de controle.

O próprio TCU admite não haver vinculação entre a opinião do parecerista e a decisão do ordenador de despesas, responsável pelo contrato e respectivas contas, já que a Corte de Contas permite que o gestor possa se contrapor ao parecer jurídico.<sup>[7]</sup> Ademais, a Corte de Contas admite ainda que a área técnica competente possa discordar das orientações ou posicionamentos emanados do parecer jurídico, devendo, em tal hipótese, carrear aos autos as justificativas necessárias para embasar a discordância.<sup>[8]</sup>

Com muita razão, o professor Adilson Abreu Dalarmi (*apud* DE TORRES, Ronney Charles Lopes, 2017, pág. 457) “lembra a incongruência de tentar dar a característica de ‘vinculante’ a um parecer, pelo raciocínio lógico de que parecer vinculante não é parecer, é decisão”. Seguindo o raciocínio do referido professor, o parecerista passaria a condição de gestor e condutor das políticas públicas, o que certamente não é a *mens legis* buscada pelo parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, muito menos se coaduna com o princípio regime democrático, ao passo em que as políticas públicas devem ser decididas pelos agentes públicos escolhidos pelo voto popular e não por advogados públicos alçados aos seus cargos por meio de concurso. Ademais, existem outras questões que precisam ser ponderados.

De plano, aponte-se à inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, tal como previsto no artigo 133 da Constituição Federal. Os advogados públicos são, antes de tudo, *advogados* com as mesmas responsabilidades e prerrogativas dos advogados privados, submetendo-se, além do estatuto jurídico próprio da carreira de estado que pertence, ao Estatuto da OAB – Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994. <sup>[9]</sup>

Destarte, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 1º do Estatuto da OAB, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas são privativas da advocacia. Portanto, em razão da garantia de inviolabilidade, os advogados, no exercício da atividade advocatícia e

dentro de sua autonomia para compreensão do direito, mesmo que de forma diferente da pretendida pelos órgãos de controle, não pode ser responsabilizado pela sua opinião jurídica conferida na forma de parecer.

À luz disso, insurge outra questão a ser considerada, qual seja: *a competência dos Tribunais de Contas para imputação de responsabilidade aos advogados públicos por sua manifestação consultiva.*

Inicialmente, deve-se explicitar que as Cortes de Contas são órgãos de natureza *administrativa* vinculados ao Poder Legislativo, com competência constitucional para auxiliar os órgãos centrais (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores) no controle externo do Poder Executivo, especialmente no que tange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Nada obstante o texto constitucional contenha expressões como "tribunal" ou "*julgar* contas" e tenha concedido competência punitiva para aplicar, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, *sanções* previstas em lei, não se pode confundir sua função *administrativa*, de analisar contas, com a função *jurisdicional* do Poder Judiciário. Pelos dispositivos constitucionais que tratam do tema (artigo 71, incisos II e VIII), percebe-se que a competência para julgar e aplicar sanções se restringe às contas analisadas e seus responsáveis, ou seja, *aos ordenadores de despesas* [10], sendo esta a autoridade que apresenta suas "contas" para avaliação técnico-financeira pelos Tribunais de Contas. Imputar responsabilidades a pessoas que evidentemente não são ordenadores de despesas implicaria exorbitar das competências constitucionais a elas atribuídas.

Por certo, os advogados públicos consultivos não se apresentam como "responsável por contas", nem se enquadram no conceito de "ordenador de despesa", muito menos praticam atos de gestão, mas sim atos enunciativos técnico-jurídicos, que se restringem a uma análise de juridicidade dos aspectos que envolvem as minutas previstas no parágrafo único do artigo 38 da Lei de Licitações, aferição essa, como já ressaltado anteriormente, não envolve elementos técnicos, financeiros ou contábeis, ou mesmo aspectos de conveniência e oportunidade inerentes ao ato administrativo discricionário.

Não estamos defendendo aqui a irresponsabilidade dos pareceristas, mas apenas ressaltando a incompetência dos Tribunais de

Contas para fins desta responsabilização, bem como avaliando os limites que devem ser observados para tanto, tal como reconhece o STF<sup>[11]</sup>, segundo o qual: *"salvo a demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público"*. Desse modo, não cumpre ao TCU analisar a responsabilização técnico-jurídica do parecerista, devendo apenas, quando diante de um aparente ato de improbidade por membros de órgão da advocacia consultiva, representar o fato aos órgãos competentes, ou seja, perante o Poder Judiciário e aos órgãos correccionais, a exemplo da Corregedoria da AGU ou do Tribunal de Ética da OAB, a depender do estatuto violado, para que estes analisem os fatos e, se constatado irregularidades, apliquem as sanções pertinentes.

Vejamos os seguintes exemplos de Ronny Charles Lopes de Torres (2017, págs. 466/467) para demonstrar a falta de competência dos TCU para responsabilizar os advogados públicos pareceristas, os quais ajudam a melhor compreender essa questão:

[...] um Juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por tribunal superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário pela liberação de uma verba posteriormente tida como indevida, poderia ser responsabilizado pelo TCU. Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbências poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que deu azo a prejuízo ao erário. Os próprios membros do TCU, ao aprovarem contas de gestores, nas quais posteriormente são identificadas irregularidades por investigações de membros do *Parquet* ou da Polícia Federal, poderia ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que falharam ao detectar ilegalidades, permitindo prejuízos aos cofres públicos. A mesma situação poderia ocorrer quando membros da Câmara apresentassem entendimento tido como equivocado pelo Plenário ou mesmo quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre

determinadas contratações, exigindo rigores antes não impostos.

[...]

Tanto advogados públicos, como procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem ilícitos. Contudo, isso apenas poderá ocorrer respeitando-se os limites de competência e responsabilidades dispostos pela Constituição. Quando rompida a fronteira da legalidade na atuação profissional justifica-se a responsabilização não apenas de advogados públicos ou procuradores, mas de magistrados, promotores, ministros ou qualquer que, imbuído do encargo de servir fielmente ao interesse público, exorbita de suas funções e vicia sua atuação, traindo a sociedade que o remunera.

A responsabilização por órgão incompetente e sem observância de limites a esta responsabilização enfraquece e desestimula a atuação dos membros da advocacia pública consultiva, notadamente no que tange a atividade de análise prévia de minutas de editais, contratos e convênios, atuação que impede, diariamente, sem aparição midiática, a realização de atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao erário e desvio de milhões dos cofres públicos, de forma muito mais barata e eficiente que o controle repressivo e posterior, o qual, embora goze de espaços cada vez mais freqüentes nas TVs e nos jornais, peca pela demora e pelos os altos custos envolvidos, atingindo apenas um pequeno percentual dos casos, e por não conseguir a efetiva recuperação dos valores desviados ou mesmo a reversão dos efeitos jurídicos causados.

Nesse diapasão, o combate à corrupção executado no controle preventivo exercido pela advocacia consultiva, sem a mesmo repercussão do controle repressivo, depende, e, muito, de uma Advocacia Pública autônoma e forte, com garantias e prerrogativas conferidas aos seus membros, bem como apoio institucional, a fim de conter as mais variadas pressões, tanto externas como internas da Administração Pública.

A concessão de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública, notadamente no âmbito consultivo, não se

revela como uma outorga de benesses ou privilégios para os seus membros, pois são necessários ao seu desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários a que são submetidos, sobretudo quando seus pareceres contrariam interesses diversos, desde as mais poderosas autoridades públicas até aos grandes conglomerados econômicos. Assim, diante da nobre missão institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito, surge imperiosa uma maior proteção institucional para os membros da Advocacia Pública.

As novas garantias e prerrogativas conferidas aos advogados públicos federais pela Lei Federal n.º 13.327, de 29 de julho de 2016 vai ao encontro das necessidades acima relatadas, conferindo, inclusive, o mesmo tratamento protocolar reservado aos magistrados e aos demais titulares das funções essenciais à justiça (art. 38, *caput*, VII), haja vista a paridade constitucional; entre outras novas prerrogativas. Especificamente quanto à responsabilização dos advogados públicos federais pelo TCU, em relação aos atos praticados no exercício de suas funções, a exemplo dos pareceres consultivos no âmbito das licitações e contratações públicas, essa lei estabeleceu expressamente que seus membros somente podem ser punidos pelos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvado, logicamente, a esfera judicial para os casos de violação as normas de probidade. Vele observar, para tanto, *ocaput* do artigo 38 e os §§2º e 3º, dessa lei:

Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

[...]

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

§ 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares.

Demonstrado o relevante e republicano papel desempenhado pela advocacia pública consultiva no combate preventivo à corrupção, sobretudo nos processos de licitação e contratação pública, conclui-se que suas responsabilidades funcionais devem vir acompanhadas de garantias e prerrogativas, a fim de obstar as pressões dos poderosos, que impeçam ou atrapalhem a consecução de tal finalidade.

## **2. A Advocacia-Geral da União e seus 25 anos de atuação no combate à corrupção.**

A Advocacia-Geral da União surgiu em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, no seu Título IV, destinando o Capítulo IV às Funções Essenciais à Justiça, inserindo neste último Capítulo o MINISTÉRIO PÚBLICO, na Seção I, e a ADVOCACIA PÚBLICA, na qual se inclui a ADVOCACIA-GERAL DE UNIÃO, na Seção II, atribuindo a ela a função de *representação judicial* da União e as atividades de *consultoria* e *assessoramento jurídico* do Poder Executivo.

Antes da promulgação da Carta de 88, essas competências constitucionais eram exercidas, respectivamente, pelo Ministério Público da União e pela Consultoria-Geral da República. Até o advento da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, responsável pelo estabelecimento legal da Advocacia-Geral da União, a representação judicial do ente *União* continuava transitoriamente com o Ministério Público Federal, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Como esclarece a ex-Secretária-Geral de Consultoria da AGU, Dra. Maria Jovita Wolney Valente: [\[12\]](#)

A Advocacia-Geral da União nasceu da necessidade de organizar em Instituição única a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, propiciando ao Ministério Público o pleno exercício de sua função essencial de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais



indisponíveis", desvencilhando-o da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres.

Os bastidores da criação da Advocacia-Geral da União são retratados no livro Código da Vida, do saudoso jurista Saulo Ramos (2007, pág. 65/66), considerado o grande idealizador da advocacia pública no Brasil. Vejamos alguns trechos de sua obra:

(...) A defesa da União era feita ao deus-dará. Os prazos eram cumpridos na marra. Os promotores se viravam com instruções recebidas dos assistentes jurídicos dos ministérios. Nas audiências, diante do juiz, em muitos casos, não todos, dava dó. O defensor da União não entendia do assunto, perdia-se diante da argumentação dos advogados privados, a tal ponto que o magistrado federal, em muitas ocasiões, passava ele próprio a defender a União, numa distorção da devida imparcialidade. (...)

Somente o Ministério da Fazenda, assoberbado com as questões tributárias, possuía um corpo de advogados mais atuantes na Procuradoria-Geral. Mas tinham que alimentar o Ministério Público com informações e explicações didáticas, que nem sempre eram absorvidas a tempo e de forma a assegurar boa defesa do direito da União, quando houvesse. A despeito do título de Procurador da Fazenda, o profissional não podia officiar no Judiciário. Era um procurador sem procuração.

É verdade que tal situação despertou, em muitos procuradores da República, a consciência profissional de que deviam estudar a fundo a matéria debatida nos processos, e neles a União teve defensores notáveis, mas poucos por este Brasil afora. Eram milagreiros. O problema agravava-se ao extremo pela falta de sistemática, falta de uma advocacia organizada e integrada, que tivesse profissionais

exclusivamente encarregados de agir em juízo, na defesa de um cliente tão importante: o nosso país.

Como a Constituinte estava em andamento, consegui, com a ajuda da chamada bancada do Governo Sarney, a criação da Advocacia Geral da União, tirando do Ministério Público o antigo e penoso encargo que nada tinha a ver com sua verdadeira função e especialização constitucional. Depois de alguns entreveros amáveis com o Dr. Cid Heráclito Queiroz, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que puxava a sardinha para os advogados de seu ministério, por um pouco mais de poder, o que me era indiferente, concordamos na redação final do texto, e a Constituinte criou a AGU — Advocacia Geral da União.

Afinal, o Brasil passou a ter advogados para defendê-lo perante o Judiciário.

Desde a criação da AGU, a instituição exerce importante função de controle jurídico do Estado e zelo pelo patrimônio público. E, ao longo dos anos, a Advocacia-Geral da União vem aperfeiçoando seus mecanismos de enfrentamento da corrupção, podendo citar como exemplo a criação em 24 de abril de 2007, o “Canal do Cidadão” posteriormente absorvido pela Ouvidoria-Geral da União, para receber, via Internet e por telefone, denúncias da sociedade sobre atos cometidos contra a União.<sup>[13]</sup> As denúncias devem estar relacionadas com assuntos tratados pela Instituição, como invasão de imóveis ou terras públicas, funcionamento ilegal de casas de bingo, obstrução de rodovias, corrupção, desvio de verbas públicas federais, meio ambiente, reclamação contra servidores e autoridades da administração, entre outros.

Outro exemplo de sucesso é a comissão constituída em janeiro de 2009, a partir da Portaria PGU nº 15/2008, denominado de Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU, o qual nasceu com a missão de buscar a recuperação judicial de valores desviados dos cofres públicos federais, a partir de constatações realizadas pelos órgãos de controle da União, como a Controladoria Geral da União, o Tribunal de Contas da União, o Departamento de Polícia Federal, dentre outros.

Entre outras frentes de trabalho, temos a parceria com o Ministério da Transparência na composição das comissões de negociação dos acordos de leniência, previstos na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e regulamentados na Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016.

Mais a mais, a AGU tem também apresentado uma atuação ativa no combate à corrupção internacional, participando de eventos e expandindo sua atuação como um dos principais interlocutores no combate à corrupção no Brasil. Por meio do seu Departamento Internacional, a AGU participou como membro da delegação advocacia geral da união consultoria combate corrupção brasileira no Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20 (G20 ACWG), que ocorreu em 2017. Nesse ano, o Brasil foi copresidente das reuniões do Grupo, ao lado da Alemanha. A posição trouxe ao país a responsabilidade de participar diretamente no estabelecimento da agenda de discussão do grupo, analisar as propostas dos membros e colocá-las para debate.<sup>[14]</sup>

A advogada-geral da União, ministra Grace Mendonça, tem destacado o papel da AGU nos esforços de combate à corrupção:<sup>[15]</sup>

A Advocacia-Geral já ajuizou, desde 2009, 14 mil ações relativas ao combate à corrupção, com 200 advogados públicos trabalhando sobre esses casos. Há uma expectativa de retorno de R\$ 60 bilhões aos cofres do erário em ações de restituição de recursos desviados por corrupção, sendo que, somente no exercício de 2017, já conseguimos devolver à União valores da ordem de R\$ 600 milhões.

Não são poucas as notícias e êxitos da Advocacia-Geral da União no combate repressivo e proativo contra a corrupção, que certamente devem ser enaltecidos, porém, para fins desse trabalho, ressaltamos mais uma vez o papel diário e muito pouco divulgado desempenhado pelas Consultorias Jurídicas da União nesta mesma seara.

Merece ser prestigiada e destacada a atuação dos advogados federais lotados nos órgãos consultivos da AGU, que, desde o seu surgimento, vem fortalecendo os mecanismos institucionais em prol do efetivo combate à corrupção e da segurança jurídica do Brasil, adotando diversas ações estratégicas e efetivas, a exemplo: da criação do Manual de Boas Práticas Consultivas, atualmente em sua 4ª edição; o desenvolvimento

de minutas padrão e listas de verificação pela Comissão Permanente de Licitação e Contratos Administrativos e pela Comissão Permanente de Convênios, com o propósito de simplificar e tornar mais eficiente os procedimentos de licitação e contratação pública; a atuação de destaque da Câmara Nacional de Uniformização (CNU) de entendimentos consultivos, coordenado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Consultivos, vinculada a Consultoria-Geral da União, que vem constantemente expedindo orientações e dirimindo questões jurídicas de alta complexidade; dentre outras medidas.

### **3. Considerações finais.**

O presente artigo não se propõe a exaurir o assunto corrupção nas licitações e contratações públicas, nem apresentar uma solução inovadora para esse fim e muito menos divulgar todos os feitos da Advocacia-Geral da União nesse tema ao longo dos seus 25 anos de existência, mas apenas, de forma singela, destacar o importante papel preventivo da advocacia pública consultiva, em especial da advocacia federal, que contribui diariamente no enfrentamento dessa anomalia que infelizmente assola o Brasil.

Ao contrário da exposição midiática do controle repressivo e proativo realizado pelos diversos órgãos públicos, o controle preventivo exercido com exclusividade por advogados públicos consultivos ocorre silenciosamente, evitando, muitas vezes, desvios milionários, dado a elevada vulnerabilidade desse procedimento. A corrupção nos processo licitatório e de contratação pública se manifesta de diversas formas, sendo desde o direcionamento da contratação efetuada pelo administrador corrupto até a ocorrência de superfaturamento dos preços, acarretando, em todos os casos, desvio de recursos públicos, cujos custos da operação são repassados à sociedade por meio da elevação de preços ou (indiretamente) dos impostos, ou ainda através da má prestação dos serviços públicos por empresas incapazes de gerir-los.

Se é certo que não se pode presumir a má-fé do administrador, por outro lado, deve o advogado consultivo manter sua atenção elevada ao analisar o procedimento de contratação com espreque no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93), a fim de impedir desvios de conduta, cabendo a ele orientar, dentro da margem de

legalidade, os caminhos a serem tomados em prol do interesse público e da segurança jurídica, moralidade e eficiência.

Para tanto, defende-se a concessão de garantias e prerrogativas aos advogados públicos, não se tratando de favores ou benesses, mas de uma necessidade que se impõe para atuação independente, em defesa das diversas pressões das autoridades dos mais altos cargos públicos e das grandes empresas que atuam nos procedimentos licitatórios.

Por fim, conclui-se que a atuação preventiva dos advogados públicos no combate à corrupção, especialmente no âmbito das licitações e contratações públicas, merece ser prestigiada com a mesma entonação do controle repressivo. Nesse panorama, deve ser destacado o aprimoramento de mecanismos e o fortalecimento institucional da Advocacia-Geral da União, que tem contribuído para esse tema nos seus 25 anos de existência.

### **Referências**

BRASIL. Advocacia Geral da União. *AGU atua internacionalmente no combate à corrupção*. Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. *AGU lança Canal do Cidadão para receber denúncias sobre bingos e atos contra a União*. Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. *Advogada-geral defende que combate à corrupção seja política de Estado*. Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.073/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado em 31.10.2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 128/09*. 2ª Câmara. Relator: Augusto Sherman. Publicado em 03.02.2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 4.127/08*. 1ª Câmara. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 12.11.2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 1.337/11*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Publicado em 25.05.2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 362/18*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MICHELS, Charliane. *O parecer jurídico e a atividade administrativa: Aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

CASTRO, Aldemario Araujo. *A advocacia pública como instrumento do estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública*. Revista BoniJuris, ano XX, n.º 533, p. 10-12, 2008. Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

DE TORRES, Ronney Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DUBEUX, Rafael Ramalho. [O papel da advocacia pública consultiva no enfrentamento da corrupção](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2500, 6 maio 2010](#). Disponível em: . Acesso em: fev. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

RAMOS, SAULO. *CÓDIGO DA VIDA*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *A história e a evolução da Advocacia-Geral da União*. Consultor Jurídico, em 09 de novembro de 2002. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia\\_evolucao\\_advocacia-geral\\_uniao#author](https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia_evolucao_advocacia-geral_uniao#author)>. Acesso em: fev. 2018.

#### NOTAS:

---

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

[2] A avaliação do procedimento licitatório e o exame e aprovação das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres (arts. 38, parágrafo único, e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), devem ser realizados sempre por meio de Parecer, visto ser necessário que o Órgão Consultivo demonstre a apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação (AGU, 2016, pág. 24).

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.073/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado em 31.10.2003.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado em 01.02.2008.

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 1.337/11*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Publicado em 25.05.2011.

[6] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 362/18*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018.

[7] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 128/09*. 2ª Câmara. Relator: Augusto Sherman. Publicado em 03.02.2009.

[8] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 4.127/08*. 1ª Câmara. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 12.11.2008.

[9] Para as carreiras vinculadas a Advocacia Geral da União, existe a Orientação Normativa n.º 01, de 21 de junho de 2011, que obriga a inscrição dos advogados públicos federais na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

[10] Cujo conceito legal encontra-se no §1º do art. 80 do Dec.-Lei n.º 200/67: “Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

[12] VALENTE, Maria Jovita Wolney. *A história e a evolução da Advocacia-Geral da União*. Consultor Jurídico, em 09 de novembro de 2002. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia\\_evolucao\\_advocacia-geral\\_uniao#author](https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia_evolucao_advocacia-geral_uniao#author)>.

[13] BRASIL. *AGU lança Canal do Cidadão para receber denúncias sobre bingos e atos contra a União*. Advocacia Geral da União. Disponível em: .

[14] BRASIL. *AGU atua internacionalmente no combate à corrupção*. Advocacia Geral da União. Disponível em: .

[15] BRASIL. *Advogada-geral defende que combate à corrupção seja política de Estado*. Disponível em: .



## **A EFICÁCIA PERSUASIVA DOS PRECEDENTES DO CPC/2015 E A INCONSTITUCIONALIDADE DE ALGUMAS NORMAS COM CARÁTER VINCULANTE AS NO NOVO CÓDIGO**

**RODRIGO SILVA ALVES:** Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Advogado militante nas áreas cível e empresarial.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre uma das questões mais controvertida e relevante no CPC de 2015. Trata-se da exata compreensão de não haver vinculação obrigatória de algumas normas inseridas no novo *códex*, concernente aos denominados precedentes judiciais, compreendidas entre os artigos 927 a 1.040, do CPC/2015, devido à ausência de autorização constitucional. Este artigo tem por intuito apenas mitigar o atual dissenso na doutrina acerca do tema em exame.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil; Jurisprudência; Efeito Vinculante; Inconstitucionalidade; Eficácia Persuasiva; Precedentes Judiciais.

**ABSTRACT:** This article is about one of the most controversial and relevant issues in the CPC of 2015. Is the exact understanding of not having binding of some norms inserted in the new cpc, concerning the so-called precedents, included between articles 927 to 1.040 of the CPC/2015, due to the absence of constitutional authorization. This article is intended only to mitigate the current dissent in doctrine about the subject under examination.

**KEYWORDS:** Civil Procedure Law; Jurisprudence; Binding Effect; Unconstitutionality; Persuasive Effectiveness; Judicial Precedents.

---

### **INTRODUÇÃO**

O CPC/2015 (Lei n.º 13.105/2015), em vigência desde 18/03/2016, impingiu uma valorização da jurisprudência para fomentar os tribunais a uniformizar, mantendo estável, íntegra e coerente a sua jurisprudência, criando em seguida, uma vinculação que lhe dê mais

garantia, mais segurança para a sociedade de conhecer os pontos de vista, os entendimentos que predominam no âmbito dos tribunais.

No entanto, o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema do *civil law*, em que o precedente judicial interpreta em geral papel de cunho persuasivo (*persuasive authority*).

A jurisprudência derivada dos tribunais superiores, possui a função de orientar e de nortear a interpretação da lei pelos juízos inferiores, mas não necessariamente obriga que se adote o mesmo entendimento, sob pena de ser renegado ao magistrado o princípio do livre convencimento motivado, não obstante não haver no CPC/2015 dispositivo de exata correspondência com o art. 131, do CPC/73, o que tem levado alguns doutrinadores a sustentar que não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o citado princípio, o que discordamos, *data venia*.

Por sua vez, o direito jurisprudencial não tem o condão de surtir efeitos vinculantes, tanto que se verifica com frequência os casos em que questões jurídicas semelhantes geram decisões distintas, porque proferidas por diferentes sujeitos ou órgãos judicantes.

Tradicionalmente, nos sistemas de *common law*, provenientes do direito inglês e norte-americano, em que prevalece o direito casuístico, o precedente judicial assume função diferente daquela que exerce nos sistemas de *civil law*, provenientes da tradição romano-germânica, em que predomina o direito codificado. Na *common law*, o precedente judicial tem, em regra, papel vinculante, coercitivo (*binding authority*); na *civil law*, pelo contrário, o precedente judicial interpreta em geral papel de cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*).

No direito contemporâneo, é inegável a iteração entre os sistemas de *civil law* e do *common law*, abstraídas as peculiaridades de cada um dos sistemas suso mencionados, que não serão objeto do presente artigo.

Contudo, torna-se imperioso se atentar para o papel persuasivo da jurisprudência. Assim, note-se que, nos ordenamentos codificados, é

indubitável a constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* de uma decisão judicial é a parte vinculante de um precedente. Todavia, não se trata de uma vinculação em termos de efeitos processuais, como a coisa julgada. Trata-se de uma vinculação argumentativa, do reconhecimento de que um juiz ou tribunal devem prestar contas ao fundamento de um precedente relevante quando for decidir sobre assunto correlato.

Dessarte, o presente artigo propõe-se a analisar de forma sistemática o papel e a influência do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da legislação infraconstitucional vigente, com a finalidade de conferir relevância ao precedente e de uniformizar a jurisprudência, sob a pretensa justificativa de garantir maior isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados.

## **2 OS PRECEDENTES “QUALIFICADOS” INSTITUÍDOS EQUIVOCADAMENTE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Assevera-se, inicialmente que, os incisos III, IV e V, do art. 927, o § 3º, do art. 947, o § 2º, do art. 987, e o inciso III, do art. 1.040, todos do NCP, são inconstitucionais, por ausência de técnica legislativa adequada, como será devidamente abordado no tópico subsequente.

Desta feita, o Superior Tribunal de Justiça adotou postura que, com fundamento equivocado nos incisos III e IV, do art. 927, do CPC/2015, editou a Emenda Regimental n.º 24, em 28/09/2016, incluindo em seu próprio Regimento Interno, os denominados “Precedentes Qualificados”, ex vi do art. 121-A, que preceitua o seguinte:

*“Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais”<sup>[1]</sup>.*

No mesmo sentido equivocadamente, o Tribunal Superior do Trabalho também, com base nas premissas instituídas no CPC/2015, aprovou a Instrução Normativa n.º 39/2016, editada pela Resolução n.º 203, de 15/03/2016[2].

Entretanto, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal, em 04/05/2016, objetivando a declaração de inconstitucionalidade formal e material da precitada instrução normativa, requerendo o deferimento de medida liminar para o fim de que seja suspensa a eficácia de tal instrução normativa, com efeito *ex nunc*[3].

A Procuradoria Geral da República apresentou a sua manifestação em 13/09/2016 e o processo se encontra concluso com o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, desde o dia 14/09/2016, à espera de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte de Justiça.

Com efeito, diante do fato de que a qualquer momento, a aludida ação direta de inconstitucionalidade poderá ser julgada, faz com que seja possível investigar de que maneira a manutenção das posturas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho poderão influenciar, ainda, mais negativamente a imagem que o Judiciário vem obtendo da sociedade e dos operadores de direito nos últimos tempos.

Por conseguinte, a estratégia será analisar detidamente de que forma a jurisprudência posterior ao julgamento a ser, ainda, realizado pelo Supremo Tribunal Federal será atingida.

Por fim, os impactos que as futuras decisões semelhantes à referida serão recepcionadas pela coletividade a ponto de, gerar uma reação prontamente adversa ao desempenho do Judiciário como um todo.

### **3 O FORTALECIMENTO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DE ALGUMAS NORMAS DE EFEITO VINCULANTE ESTABELECIDAS NO CPC/2015**

A realização deste artigo pelo tema ora abordado, justifica-se na busca pelo fortalecimento do Direito Jurisprudencial, com o escopo

de atender de forma efetiva os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Por isso, deve-se levar em conta que, o sistema de precedentes vinculantes adotado pelo CPC/2015, se não for corrigido pelo legislador e pelos tribunais que estão legislando em causa própria, causará conseqüentemente, um constante enfraquecimento do Poder Judiciário, na medida em que representa a perda da confiança dos jurisdicionados no Estado.

Não obstante haver uma pretensa expectativa pelos operadores do direito em geral, de uniformização e estabilização da jurisprudência, mas verifica-se que, a asserção a ser defendida é que a teoria, ainda, está distante da prática.

Sendo assim, por mais que o CPC/2015 preveja um tratamento específico de vinculação de precedentes, sem, sequer, haver autorização constitucional para tal desiderato, o destino que as diversas instâncias jurídicas reservam aos jurisdicionados, ainda, deixa a desejar.

A celeuma em questão ganha um contorno especial ao se incrementar o debate com algumas informações acerca do que pensa o jurisdicionado brasileiro sobre a prestação de serviços proporcionados pelo Poder Judiciário.

A estrutura da aplicação das leis deixa de ser vista como um simples poder público para ser alçado à categoria de uma prestação de serviços de importância capital no fomento à cidadania e participação popular.

Estando em evidência e com o crescimento de importância que teve, diversas políticas públicas foram envidadas com a finalidade de aumentar a eficiência e melhorar a operacionalização das leis no país. Destacando para isso, a Reforma do Judiciário implantada através da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Dessume-se, que a Emenda Constitucional n.º 45/2004, introduziu na Constituição Federal de 1988, o § 2º, do art. 102, atribuindo "efeito vinculante" às decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao controle concentrado de

constitucionalidade das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

O precitado comando da Lei Maior foi incluído também, pelo legislador ordinário do CPC/2015, por força do inciso I, do art. 927.

Do mesmo modo, a Emenda Constitucional n.º 45/2004, inseriu na CF/88, o art. 103-A, que trata das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e o legislador infraconstitucional do CPC/2015 a incluiu por efeito do inciso II, do art. 927.

Afinal, o efeito vinculante introduzido no NCPC, nos termos autorizados pela Constituição Federal, se restringiu somente às hipóteses previstas nos incisos I e II, do art. 927, supracitados.

Já em relação ao caráter vinculante atribuído aos incisos III, IV, e V, do art. 927, o § 3º, do art. 947, o § 2º, do art. 987, e o inciso III, do art. 1.040, todos do NCPC, pelo legislador ordinário do CPC/2015, entendemos *data maxima venia* que, tais dispositivos são inconstitucionais, por falta de técnica legislativa adequada, qual seja, a promulgação de emenda constitucional.

No mesmo sentido, de que há inconstitucionalidade das citadas normas, por falta de técnica legislativa adequada, que é a emenda constitucional e não lei ordinária, inferem-se os posicionamentos abalizados de Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, Cassio Scarpinella Bueno, Hugo Nigro Mazzilli, Lenio Luiz Streck, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron, Fernando Fonseca Gajardoni e Pedro Lenza, como serão devidamente descritos abaixo.

Acerca da inconstitucionalidade do rol inserido no art. 927, do NCPC, Nelson Nery Junior fez a seguinte explanação:

“Ao obrigar juízes e tribunais a observarem em suas decisões súmulas simples e acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o artigo 927 do [Novo Código de Processo Civil](#) confere a esses tribunais poderes legislativo e

normativo. Porém, por essa novidade ter sido criada via lei ordinária, ela é inconstitucional. (...)

*"[De acordo como o novo CPC] a jurisprudência vincula, mas a Constituição e a lei, não. Colocaram no novo código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional", afirmou Nery Jr. na reunião mensal das associadas do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, ocorrida em São Paulo nessa terça-feira (30/6).*

Embora diga saber que os magistrados não irão denunciar a irregularidade, o processualista bradou que não se calará diante desse abuso: "As medidas do novo CPC tendentes a dar poderes legislativos aos tribunais são inconstitucionais. Mas nenhum tribunal vai dizer que são. Vendo uma barbaridade dessas, um passa-moleque desses na sociedade brasileira, eu, como jurista, não posso deixar de falar que isso é inconstitucional".

Outro ponto que padece do mesmo vício é a possibilidade de os tribunais, por meio de seus regimentos internos, legislarem sobre regras processuais, segundo o advogado. Para ele, o Congresso Nacional "não pode permitir" essa transferência indevida de poderes"[\[4\]](#).

Quanto ao último parágrafo do texto supra transcrito, vê-se que, antes mesmo de entrar em vigor o CPC/2015 (18/03/2016), Nelson Nery Junior em 02/07/2015 já havia feito o alerta de que, "padece de vício a possibilidade de os tribunais, por meio de seus regimentos internos, legislarem sobre regras processuais" e foi justamente isso que fez *a posteriori* o Superior Tribunal de Justiça, através da edição da Emenda Regimental n.º 24, de 28/09/16 e, de forma análoga, o Tribunal Superior do Trabalho, com a aprovação da Instrução Normativa n.º 39/2016, editada pela Resolução n.º 203, de 15/03/2016.

No entanto, observe-se claramente que, os tribunais superiores suso mencionados invadiram área de atuação da legislação processual, de competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e violaram as garantias constitucionais da reserva legal (art. 5º, II, da CF) e da independência funcional da magistratura (art. 95, da CF).

Veja-se que, o legislador infraconstitucional do CPC/2015 atribuiu equivocadamente força vinculante aos dispositivos legais em comento, com todas as *venias*. Com isso, tendenciou a dar poderes legiferantes aos tribunais. Comprometendo, assim, a segurança jurídica, a duração razoável dos processos e a efetividade da prestação jurisdicional, a ser asseguradas aos jurisdicionados.

Sobre o tema em questão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que: “O Poder Judiciário não está autorizado a “legislar” – salvo quando permitido pela Constituição Federal, como no caso das súmulas vinculantes. O rol do art. 927 do CPC/2015, então, seria manifestamente inconstitucional” [5].

No 34º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC, realizado em 21/09/16, Nelson Nery Junior foi indagado sobre o assunto em enfoque e respondeu, nos seguintes termos, respectivamente:

“Se os precedentes ou provimentos vinculantes do art. 927 são normas, o juiz do caso atual pode afastar a sua incidência, por considerá-los inconstitucionais?”. Em resposta, o citado jurista aduziu que: “Sim. Pode haver sim, o controle de constitucionalidade. Nós estamos falando de texto e eu sempre defendi a possibilidade de controle difuso pelo juiz de súmula vinculante pelo Supremo, que é equiparado à lei. O Supremo fazendo a súmula vinculante, é como se ele estivesse legislando. A constituição daria tal interpretação para essa situação concreta. Então, se eu sou juiz e estou diante de uma súmula vinculante, eu posso aplicá-la ou não. Se eu entendê-la inconstitucional eu não a aplico (...)” [6].



Nelson Nery Junior em palestra proferida na PGE/RJ, em abril/2017, cujo tema foi "Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos", afirmou que:

“O STF e o STJ não podem proferir decisões vinculantes, sob pena de estarem legislando; o STF e o STJ não editam teses jurídicas, mas sim, julgam os casos concretos que lhe são submetidos; os institutos do incidente de assunção de competência e o IRDR servem apenas para fazer que o tribunal tenha jurisprudência coerente, estável e íntegra. Fazer vinculação e os outros observarem, não é cabível, *data venia*; pode ser feito o controle de constitucionalidade da norma legislativa. No caso, o CPC/2015; não podem ser aceitos os institutos constantes no novo CPC em matéria de vinculação, que não seja a vinculação das súmulas vinculantes do STF e a eficácia da coisa julgada de mérito das ADIN's; (...)”<sup>[7]</sup>.

Quanto à sistemática de que as decisões jurisdicionais com caráter vinculante na legislação processual civil vigente dependem de prévia autorização constitucional, os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno:

“Saber se o CPC de 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode ser mais evitada.

Sim, porque sou daqueles que entendem que a decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.

Ademais, não parece haver nenhuma obviedade ou imanência em negar genericamente o caráter vinculante às decisões jurisdicionais, mesmo àquelas emitidas pelos Tribunais Superiores. Isso porque a tradição do direito brasileiro não é de *common law*. É analisar criticamente, dentre tantos outros fatores, o real alcance das mais que cinquentenárias Súmulas (não vinculantes) do STF e sua cotidiana aplicação totalmente alheia a uma ou qualquer teoria sobre precedentes, sejam os do *common law* ou não, para chegar a essa conclusão. Não é diversa a experiência, embora mais recente, das próprias Súmulas vinculantes daquele tribunal e, desde sua instalação, em 1989, das Súmulas do STJ.

(...)

(...) não vejo como deixar de analisar o potencial desses dois dispositivos e dos demais que com eles se relacionam. Até porque, mesmo que descarte, como descarto, o seu efeito vinculante fora dos casos previstos na CF, isto é, para além das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e de suas súmulas vinculantes (art. 103-A da CF), não vejo razão para desconsiderar a sua força persuasiva e a necessidade de ser estabelecida verdadeira política pública para implementar maior racionalização nas decisões e na observância das decisões dos Tribunais brasileiros, (...)”[8].

Cassio Scarpinella Bueno acrescenta, ainda, que:

“Não obstante, aquele elemento, de vinculação, parece ser insinuado com o uso de afirmativos imperativos toda vez que a temática da “jurisprudência” vem à tona. Prevê-se, até mesmo – e

de forma contundente –, o uso da reclamação para afirmar e reafirmar a “observância” do que for decidido no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência (art. 988, IV, na redação da Lei n. 13.256/2016).

É o que basta para confirmar o acerto do que escrevi até agora. Independentemente da necessária discussão sobre haver ou não haver (legítimo) efeito vinculante a todas as decisões referidas nos incisos do art. 927, cabe à doutrina interpretar e sistematizar a disciplina daquelas decisões no próprio CPC de 2015 e, desculpe-me a insistência, prezado leitor, sempre levando em conta o que o modelo constitucional tem a dizer a seu respeito”[\[9\]](#).

Hugo Nigro Mazzilli contextualiza a temática *sub examine*, nos seguintes termos:

“O CPC voluntariosamente quis mudar o sistema brasileiro. Nossa Constituição já confere ao Supremo Tribunal Federal o poder normativo nas ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e nas súmulas vinculantes. O CPC acreditou-se no mesmo nível da Constituição, e acrescentou outras hipóteses... Afirmou que os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência, em resolução de demandas repetitivas, em recursos extraordinários ou em recursos especiais repetitivos também têm força vinculante abstrata. Repicando a ousadia, afirmou que passam a valer como normas todas as súmulas do STF (não apenas as vinculantes). E mais: não só as súmulas e enunciados do STF e do Superior Tribunal de Justiça, mas também a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estejam vinculados. Todas essas

decisões criam normas obrigatórias para os casos atuais e até para casos futuros... O juiz só se desobriga de seguir o precedente se demonstrar a distinção do caso ou a superação do entendimento.

(...)

Mesmo nas poucas hipóteses em que o poder legiferante dos tribunais é admitido pela Constituição, ainda assim é anomalia em nosso sistema, pois quebra o princípio da separação de poderes e impede o funcionamento adequado do sistema de freios e contrapesos.

(...)

(...). Por isso, ressalvadas as hipóteses em que o próprio poder constituinte já outorgou ao STF o excepcional poder de fazer leis materiais dotadas de generalidade e abstração, no mais nem mesmo esta Corte pode criar lei material.

O CPC de 2015 já começa por dar o mau exemplo de quebra do princípio da segurança jurídica, ao concentrar os poderes de fazer a lei e julgar os conflitos decorrentes da aplicação da lei nas mãos do mesmo órgão judicial, que, de resto, ainda é o mesmo que decide sobre a constitucionalidade da mesma lei.

Ora, a necessidade de prevenir o arbítrio é o fundamento último da divisão ou da separação de poderes à guarda da Constituição. Daí porque preponderantemente quem faz a lei não é quem a executa nem julga se essa lei é ou não constitucional, e vice-versa — e temos aí a base das democracias ocidentais. Ainda que se admita que haja antes uma combinação de poderes, a maneira pela qual a Constituição faz a combinação deve ser estritamente observada. Se abandonarmos o sistema em que o STF

só pode legislar excepcionalmente— é o que diz a Constituição —, e, por via da lei ordinária, se inaugurarmos um sistema em que o Judiciário poderá legislar por todos seus órgãos colegiados em qualquer matéria quando bem o queira — é o que diz o novo CPC —, violaremos a Constituição.

O sistema constitucional nega ao Poder Judiciário fazer leis fora das hipóteses constitucionais. Mas o CPC de 2015 achou que podia ir além: deu poder legiferante a todos os tribunais”[\[10\]](#).

Em relação à inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V, do art. 927, do NCPC, se faz imprescindível apontar abaixo, o entendimento de Lenio Luiz Streck:

“(…)

E eis os meus enunciados para evitar a fabricação de enunciados despistadores:

(…)

- O inciso III do artigo 927 é inconstitucional, devendo, em controle difuso ou concentrado, ser expungido do ordenamento;
- Somente podem ser vinculantes as súmulas vinculantes editadas segundo a EC 45, com quorum de oito ministros e obedecidos os requisitos legais para a emissão do provimento; portanto, é inconstitucional o inciso IV do artigo 927;
- O inciso V do artigo 927, que diz ser vinculante a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, deve sofrer uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição), ou seja, somente é

constitucional se a orientação do plenário ou órgão especial não se confrontar com orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal;

(...)”[11].

Humberto Theodoro Júnior e demais autores assentam a seguinte e pertinente indagação:

“A partir do art. 927, ter-se-á que qualquer Súmula do STF e do STJ, mesmo que não vinculante “deverá ser observada” pelos órgãos judiciários inferiores, ao lado daquilo que já possuía força vinculante – as Súmulas Vinculantes – e decisões em sede de RE/REsp repetitivos. (...) Qual a diferença entre uma Súmula ‘comum’ do STF ou do STJ de um lado e uma Súmula vinculante de outro? Se todas, afinal, vincularão, então por que diferenciar? Será que a única diferença é quanto à possibilidade de Reclamação (art. 988)? A questão que fica é: pode-se aumentar a competência de Tribunal a não ser via emenda à Constituição?”[12].

Fernando Fonseca Gajardoni assevera que:

“Não que não haja na Lei [13.105/2015](#) espaço interpretativo para negar aplicabilidade de uma série de seus dispositivos. De fato, é bastante duvidosa a constitucionalidade de disposição infraconstitucional que torne vinculantes precedentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de 2º grau, sem que haja comando expreso na Carta Constitucional (cf. Art. [927](#) do [NCPC](#))”[13].

Pedro Lenza manifesta o seu entendimento no seguinte sentido:

“Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação

infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição"[14].

Vê-se, que renomados juristas já manifestaram seu entendimento acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos legais supramencionados. Em nosso humilde entender, não há margem de dúvida quanto a este assunto, *data venia*, haja vista que, sequer, está se discutindo o acerto ou desacerto de matéria atinente à direito processual civil, mas sim, em relação ao processo legislativo adequado, que diz respeito à direito de índole exclusivamente constitucional.

Conclui-se, portanto, que as normas legais em referência deveriam ter sido inseridas no ordenamento jurídico pátrio através da promulgação de Emenda Constitucional e não por meio de publicação de Lei Ordinária, que não se aplica para tal desiderato.

#### **4 A EFICÁCIA PERSUASIVA DOS PRECEDENTES DO CPC/2015**

No tocante à eficácia persuasiva dos precedentes, transcreve-se abaixo, a doutrina do jurista italiano Michele Taruffo, vejamos:

"nos ordenamentos de *civil law*, o grau de força que vem atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente do *common law*, mas nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos. (...). Em uma situação deste gênero, pode-se atribuir certa eficácia persuasiva à jurisprudência, quando esta não é autocontraditória e quando é possível individualizar "sequência de precedentes" bastante uniformes. (...)"[15].

Acerca da não vinculação dos precedentes, o mesmo autor italiano assevera também que:

"mesmo na *common law*, não seria apropriado dizer que o precedente é vinculante, no sentido de dele derivar uma obrigação do juiz de se ater ao precedente. Mesmo nos sistemas inglês e norte-americano há recursos de argumentação que permitem a não utilização do precedente, mediante superação do entendimento ali consignado (*overruling*) ou criação de uma ressalva à sua aplicação, a partir de peculiaridades do caso a ser julgado (*distinguishing*)" [16].

No mesmo sentido da não vinculação das decisões judiciais, Rubens Limongi França afirma que:

"A não vinculação das decisões é tradição herdada do direito romano, a qual se justifica por quatro razões: em primeiro lugar, em suas decisões, o magistrado não aplica o direito segundo fórmula matemática pura e simples, mas atende a circunstâncias fáticas de ordem moral, social, psicológica e política que diferem das circunstâncias do caso seguinte; em segundo lugar, deve prevalecer a multissecular, trabalhada e complexa doutrina da coisa julgada, cujos princípios resguardam os direitos de terceiros que não integram a lide; em terceiro lugar, conhece-se a sobrecarga de serviços atribuída aos juízes e tribunais, sendo que decisões pouco meditadas estão longe de constituir expressão inatacável do direito; por último, por excesso de trabalho e por vezes por comodismo, magistrados e advogados tendem a se basear em máximas judiciárias sem avaliar seu respectivo valor intrínseco, gerando um círculo vicioso que contribui para o aviltamento da própria jurisprudência" [17].

Quanto ao assunto em voga, José Carlos Barbosa Moreira reconhece o seguinte:



“a jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça”<sup>[18]</sup>.

Resta patente que, o legislador infraconstitucional impingiu uma relevante potencialização atribuída à jurisprudência no novo Código, ao prever um sentido bastante técnico desses vetores principiológicos, a partir de uma concepção de dignidade da pessoa humana, considerando para tanto, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, como prevê expressamente o § 4.º, do art. 927, do NCPC.

Todavia, diante de uma profunda análise das doutrinas abalizadas supra transcritas, é de bom alvitre concluir que, os incisos III, IV e V, do art. 927, do CPC/2015 são inconstitucionais, bem como o § 3º, do art. 947, do NCPC, porque, por regra, a decisão colegiada “vinculará” os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal em decisões futuras, cabendo reclamação, no caso de descumprimento (art. 988, IV, do NCPC).

Com efeito, resta manifesto caso de poder normativo inconstitucionalmente atribuído aos tribunais, por força de lei ordinária.

O mesmo ocorre também, nos incidentes de resoluções de demandas repetitivas. É de se observar que, do julgamento e fixação de “tese” em IRDR, cabe recurso especial ou extraordinário. Uma vez que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal decidam o recurso, é a sua decisão que vale como “tese” e com força vinculativa (art. 987, § 2º, do NCPC).

Depreende-se que, a interpretação do tribunal, aplicada aos processos pendentes e suspensos, configura nada mais do que um caso de competência funcional. A sua aplicação aos casos futuros que versem idêntica questão de direito (art. 985, II, do NCPC), constitui também,

inequívoca hipótese de poder normativo inconstitucionalmente conferido aos tribunais por meio de lei ordinária.

E, ainda, caberá reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (art. 988, IV, do NCPC).

Por fim, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.040, III, do NCPC), que reforça a adoção equivocada, *data venia*, de um sistema "vinculativo de precedentes", que não se coaduna com o sistema do *civil law* adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Registre-se que, é axiomática a evolução do Direito Jurisprudencial inserido no bojo do CPC/2015. Contudo, há o mesmo de ser aplicado conforme as premissas estabelecidas na Carta Magna, de forma bem contextualizada, sob pena num futuro próximo, ser suscitado o controle difuso de inconstitucionalidade dos dispositivos em referência, na forma estatuída pelos arts. 948 e ss., do NCPC.

Inobstante o entendimento firmado por juristas de relevo no País, os quais respeitamos, mas em nosso humilde entender, a opção legislativa adotada (lei ordinária) para fins de atribuir efeitos vinculantes aos dispositivos legais supra apontados é equivocada, ou seja, somente por força de emenda constitucional é que se poderá conferir tal efeito vinculante às alusivas normas.

Destarte, para fins de cessar a manutenção da incerteza, como vem ocorrendo constantemente com a doutrina, desde antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, forçosa se faz proceder com uma correção, via alteração legislativa, eis que os limites semânticos do NCPC induzirão a manutenção do atual quadro de dúvidas e problemas para os jurisdicionados e operadores do direito.

Com isso, poderá ser colocado em risco o interesse social, a segurança jurídica e a isonomia, gerando, assim, um verdadeiro "caos" no ordenamento jurídico vigente e isso não se harmoniza com os efetivos

interesses almejados pelos jurisdicionados, já sobejamente incrédulos com o aparato do judiciário brasileiro.

#### REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos**. Temas de direito processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, p. 300, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 693-695, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O novo CPC não é o que queremos que ele seja**. JOTA, em 20/07/2015. Disponível em: < <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>>.

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. Conjur, em 13/03/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Jurisprudência – Seu caráter de forma de expressão de Direito. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. 30, pp. 284/285.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais**. Conjur, em 03/10/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>.

NERY JUNIOR, Nelson. **Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência**. Conjur, em 02/07/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>.

\_\_\_\_\_ ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1837, 2015.

\_\_\_\_\_. **34º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC.** Em 21/09/2016. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kEY\\_sxt7eIE&t=5655s](https://www.youtube.com/watch?v=kEY_sxt7eIE&t=5655s).

\_\_\_\_\_. **Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos.** Congresso Processo Civil e Fazenda Pública. PGE-RJ. 27 e 28 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iIBesJgz0u0&t=2454s>.

STRECK, Lenio Luiz. **A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?** Conjur, em 10/09/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro#sdfootnote3sym>.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. p. 8. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>.

\_\_\_\_\_. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo.** vol. 199. São Paulo: Ed. RT, p. 139 e ss., set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 358-359, 2015.

STF. **ADIN 5.516-DF.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977107>.

STJ. **Emenda Regimental n.º 24, de 28/09/2016.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/105283>.

TST. **Instrução Normativa n.º 39/2016, editada pela Resolução n.º 203, de 15/03/2016.** Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/discover?rpp=15&filter\\_1=Instrução+Normativa+-+IN&filtertype\\_1=especieato&filter\\_relational\\_operator\\_1>equals&filter\\_2=Brasil.+Tribunal+Superior+do+Trabalho](https://juslaboris.tst.jus.br/discover?rpp=15&filter_1=Instrução+Normativa+-+IN&filtertype_1=especieato&filter_relational_operator_1>equals&filter_2=Brasil.+Tribunal+Superior+do+Trabalho).

NOTAS:

- [1] STJ. Emenda Regimental n.º 24, de 28/09/2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/105283>.
- [2] TST. Instrução Normativa n.º 39/2016, editada pela Resolução n.º 203, de 15/03/2016. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/discover?rpp=15&filter\\_1=Instrução+Normativa+-+IN&filtertype\\_1=especieato&filter\\_relational\\_operator\\_1>equals&filter\\_2=Brasil.+Tribunal+Superior+do+Trabalho](https://juslaboris.tst.jus.br/discover?rpp=15&filter_1=Instrução+Normativa+-+IN&filtertype_1=especieato&filter_relational_operator_1>equals&filter_2=Brasil.+Tribunal+Superior+do+Trabalho).
- [3] STF. ADIN 5.516-DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Conclusos ao relator em 14/09/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977107>.
- [4] NERY JUNIOR, Nelson. *Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência*. Conjur, em 02/07/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nerj-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>.
- [5] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.
- [6] NERY JUNIOR, Nelson. *34º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC*. Em 21/09/2016. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kEY\\_sxt7eIE&t=5655s](https://www.youtube.com/watch?v=kEY_sxt7eIE&t=5655s).
- [7] NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos*. Congresso Processo Civil e Fazenda Pública. PGE-RJ. 27 e 28 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iIBesJgz0u0&t=2454s>.
- [8] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 693-695.
- [9] BUENO, Cassio Scarpinella. *Ibidem*.
- [10] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*. Conjur, em 03/10/2015. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>.

- [11] STRECK, Lenio Luiz. *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?*. Conjur, em 10/09/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro#sdfootnote3sym>.
- [12] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização* – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 358-359.
- [13] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. JOTA, em 20/07/2015. *O novo CPC não é o que queremos que ele seja*. Disponível em: < <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-eo-que-queremos-que-ele-seja> >.
- [14] LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Conjur, em 13/03/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>.
- [15] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. p. 8. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>.
- [16] TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo. vol. 199. São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 139 e ss.
- [17] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Jurisprudência – Seu caráter de forma de expressão de Direito. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 30, pp. 284/285.
- [18] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de direito processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

## PROCESSO DE ADOÇÃO: UMA ANÁLISE NORMATIVA

**JONATHAN MORAIS BARCELLOS**

**FERREIRA:** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

**RESUMO:** Tratar-se-á neste artigo sobre a adoção, em específico seu processo segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Utilizou-se da pesquisa documental e bibliográfica para a construção do texto. Então, a partir da premissa de que a legislação brasileira já reconhece a adoção, e prescreve todos os métodos e requisitos para o seu processo, a pesquisa foi realizada com base nas leis que assim se inserem no conjunto legal, como ainda doutrinas e jurisprudências adotadas no território nacional. Estudou-se, também, qual o papel do Estado no processo de adoção e como as instituições estão atuando para garantir a eficácia da norma. Conclui-se de imediato uma impotência no processo de adoção devido aos prazos irrealizáveis e inexecutáveis previstos, no mesmo modo que existem exigências segregativas dos adotantes.

**Palavras-chave:** Adoção. Direito civil. Direito da criança e do adolescente. Direito da família. Direito constitucional.

---

### INTRODUÇÃO

O tema que se coloca em voga tem o objetivo de discutir as dificuldades encontradas por inúmeros casais ou indivíduos solteiros, viúvos ou divorciados, interessados na adoção de crianças ou adolescentes, que possuam como causa o obstáculo que o instrumento processual se apresenta. Contemporaneamente, a irrazoável duração do procedimento de adoção [1] [2], apresenta-se como verdadeiro óbice, prolongando-se em média 1,5 (um e meio) anos até que seja finalmente concluído, naturalmente, causando frustração na expectativa criada por aqueles que esperam para serem adotados, assim como para quem deseja adotar.

Com efeito, em 03 de agosto de 2009, a Lei nº 12.010/2009 (Nova Lei Nacional de Adoção) que alterou o ECA, trouxe inovação jurídica no

procedimento especial de adoção no sentido de sumarizar o procedimento e diminuir o tempo de permanência dos menores habilitados para a adoção em espaços de acolhimento. O referido diploma, alterou a lei nº 8.069/1990 em relação a matéria discutida buscando maior dar maior celeridade até a sentença de declaratória de vínculo de adoção.

A adoção envolve sujeitos determinados, o primeiro seria um determinado casal ou uma pessoa apenas interessada que manifesta o interesse em adotar uma criança ou adolescente. Portanto, tal ato, sugere a inclusão do adotando no seio familiar de forma legal, assegurando-lhe cidadania, e condições mínimas de convívio saudável no tecido social, observando critérios morais, afetivos, psicossociais, dentre outros, requisitados aos interessados, bem como, conhecidos os motivos pelos quais estas crianças ou adolescentes, foram colocadas a adoção, sejam eles: variadas hipóteses de situação de risco como o abandono, maus-tratos, impossibilidade financeira, ou condições naturais da vida como o falecimento de seus pais e impossibilidade de concessão de guarda aos demais membros da família, mesmo os ascendentes diretos, até situações mais graves como a privação de liberdade e outros fatores que possam dificultar a criação destes por seus pais biológicos.

Historicamente a adoção relacionava-se a possibilidade de uma família não podendo seguir sua linhagem naturalmente utilizava-se do instituto jurídico da adoção para criar o vínculo assemelhado a filiação natural e prosseguir seu legado, para os fins testamentários *mortis causa*. Não o bastante em algumas culturas não era permitido conceder ao adotado a condição de filho legítimo em famílias integrantes da nobreza europeia.

No ordenamento jurídico do século XXI a adoção é ato irrevogável e bilateral, devendo o adotando manifestar seu *animus adotandi* como requisito fundamental para que se inicie o regular procedimento de adoção, sendo vedado qualquer discriminação em filhos havidos naturalmente com os adotados, jurídico e materialmente.

Na Lei Federal de nº 12.010/2009, alteradora do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se nos arts. 39 ao 52 que a adoção é uma forma



de inserir uma criança ou adolescente dentro da família substituta a qual se é conferida a condição de filho. Dentro dessa lógica o ECA é responsável por estabelecer os direitos básicos da criança e do adolescente, abreviado no art. 19, o direito de ser dentro da família, criado e educado, e exclusivamente dentro de uma família suplente que assegure uma convivência dentro desse espaço. No art. 23, verifica-se que falta de recursos materiais não pode ser caracterizador de motivo para a perda ou suspensão do poder que a família exerce. Isso ocorre por motivos de uma família não aceitar seus membros, tanto crianças quanto adolescentes, sendo assim a adoção um meio necessário para essa substituição.

Para quem participa de um processo de adoção a burocracia torna-se um óbice que pode causar perda do interesse do adotando e posteriormente a sua desistência. A análise e regular tramitação do pedido de adoção demanda naturalmente tempo para que os casos sejam postos *sub occuli* do magistrado, porém, o interregno de temporal vem cada vez mais alongando-se, podendo causar desistência do interessado em fazer a adoção. Principalmente pelo fato de perda de interesse pela criança escolhida, que pode vir a não ser mais uma criança pelo grande tempo em que o processo de adoção demora a ser resolvido.

Os direitos do adotando são prioritários nesta questão e a entidade familiar é reconhecida como única a oferecer-lhe afetividade, educação, princípios estes implícitos do Direito de Família, que irão proporcionar uma condição estável de vida. A análise técnica é imprescindível devido à complexidade do assunto, uma vez que as questões em foco fogem do contexto meramente jurídico - jus positivista. Uma vez concluído o estudo, entender-se que a adoção será benéfica ao adotando, não haverá objeção ao seu deferimento, uma vez atendidos os requisitos mínimos a serem alcançados.

Tratando-se de adoção, o sistema brasileiro apresenta um dos ordenamentos mais completos. Adotar é possível desde o Império. Em 1916, com o primeiro Código Civil brasileiro, os artifícios para o processo foram organizados. A frente, a Constituição de 1988 trouxe diversos avanços aos direitos dos adotandos e adotantes, como por exemplo: a não distinção entre filhos biológicos ou adotados (BRASIL, 1988). Logo após, em

1990, foi então sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>[3]</sup> que em seu corpo trata dos procedimentos para a adoção. Contudo, mesmo com a aprovação do estatuto, o ordenamento ainda continuava excludente, pessoas solteiras, por exemplo, ainda não podiam adotar, assim como, o texto falava em pátrio poder – termo também utilizado no código civil<sup>[4]</sup> vigente em que foi escrito a lei.

Somente quase duas décadas após foi aprovada a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 que abordou assim dos problemas que o ECA apresentava. A partir da vigência dessa lei, permitiu-se: a adoção de pessoas solteiras, a modificação do termo pátrio poder por poder familiar<sup>[5]</sup>, a igualdade de direitos trabalhistas entre pais que tiveram filhos biologicamente e aqueles que tiveram filhos adotivos: como a licença maternidade.

A adoção no Brasil por estar prescrita por um dos ordenamentos mais completos, como já tratado, possui diversos processos, muitos deles longos e burocráticos. Por exemplo, a lei determina que necessita do consentimento dos pais ou representante legal do adotando, salvo exceções<sup>[6]</sup>, por isso muitas das crianças e adolescentes não são adotadas. Todavia, dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que existem em média uma criança/adolescente para cada cinco pretendentes a adoção<sup>[7]</sup>, por que, então, há tantas crianças para serem adotadas?

Partindo disso, o trabalho analisará as leis descritas adotando a pesquisa documental para haver uma maior liberdade, dado que os documentos não são pré-analisados e possuem livre interpretação.

É possível entender então aqui, a formação da pesquisa documental, visto que ela é um assunto não tão estranho assim, para quem já se consultou sobre pesquisa bibliográfica. A diferença crucial é que na pesquisa documental, ainda não houve um filtro analítico, e os materiais podem sofrer reelaboração de acordo com os objetivos da pesquisa. (LOPES, 2006).

O artigo também analisará doutrinas realizando uma pesquisa bibliográfica, assim agregará conteúdo teórico e técnico, como axiomas dos

diversos pensadores e juristas do país. A pesquisa bibliográfica permite ao pesquisador tanto meios para tratar dos problemas apresentados e explorar aspectos das dificuldades (MANZO, 1973), como aderir um reforço análogo a pesquisa e as informações que se apresentam (FERRARI, 1974).

## **ADOÇÃO**

A adoção existe desde a antiguidade, quase todos os povos possuíam em seu ordenamento positivo essa prática e praticamente baseada na mesma ideia: constituir uma família acolhendo crianças.

Durante a idade média o instituto da adoção é abandonado: os costumes da época, em especial os religiosos, não permitiam a separação entre filhos e pais. Somente com o Código Napoleônico, em 1804 que o instituto volta a ter vigor "como ato jurídico capaz de estabelecer o parentesco civil entre duas pessoas, passando a ser admitida em quase todas as legislações" (AZAMBUJA, 2003).

A adoção no Brasil é vivenciada desde o Império<sup>[8]</sup>, contudo possuía algumas restrições: era uma adoção sem eficácia, o pátrio poder não era transferido do pai biológico ao adotante, salvo por decreto real quando o pai já veio a óbito.

Era comum haver no interior da casa das pessoas abastadas filhos de terceiros, chamados filhos de criação. A situação no interior da família não era formalizada, servindo sua permanência como oportunidade de possuir mão de obra gratuita e, ao mesmo tempo, prestar auxílio aos mais necessitados, conforme pregava a Igreja (MAUX e DUTRA, 2010).

Um século após, em 1916 com o primeiro Código Civil a adoção recebeu regulamentação, porém eram ineficientes. Somente pessoas casadas podiam adotar e não era possível a adoção se esses tivessem prole legítima. Além disso, o processo de adoção era basicamente contratual, as partes (adotante e adotando) assinavam um contrato de mudança de pátrio poder, antes do biológico agora àquele que adota. Observa-se que o Estado não interferia no processo de adoção, atuava, única e exclusivamente, a autonomia privada dos contratos.

O juiz de Direito Gustavo Scaf de Molon (2009) diz que a adoção supria apenas as pessoas inférteis e, a partir do momento que exigia que os adotantes não tivessem prole legítima, não tutelava os direitos da criança.

Em 1957, por meio da Lei nº 3.133, o processo de adoção sofreu mudanças, a idade mínima para adotar passou a ser de 30 anos, a diferença entre adotado e adotante passa a ser 16 anos, os adotantes poderiam ter prole legítima e a adoção tornou-se irrevogável. Porém, apesar de todas essas conquistas de direitos, haviam exceções: o adotante que tivesse filho legítimo, após adoção, vedava os direitos sucessórios do filho adotado. Essa discriminação já é repudiada pela Constituição Federal atualmente em vigor.

[...]a adoção passa a ser irrevogável, mas possui sérias restrições de direitos, pois os adotantes que não tivessem filhos legítimos, mas que viessem a tê-los após a adoção, poderiam afastar o adotado da sucessão legítima. [...] Esse preconceito odioso, que prevaleceu no ordenamento jurídico de 1916, passando pela Lei de 1957, só veio a cair em 1977, por meio da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), no art. 51, quando foi introduzida a igualdade de direitos sucessórios entre filhos biológicos e pais civis. (BARBOSA, 2010)

Foi com o Código de Menores<sup>[9]</sup> que surgiu o conceito de adoção que possuímos hodiernamente, a adoção plena e irrevogável. Contudo, diferente dos dias de hoje, o Código apenas permitia que cônjuges com mais de 5 anos em união e maiores de 30 anos pudessem requerer esse tipo de adoção, e apenas sofria efeitos sobre a criança adotada menor de 7 anos. Destituía-se total poder familiar com os biológicos, causando assim a irrevogabilidade do processo adotivo.

Mesmo com o Código de Menores, a lei ainda discriminava adotandos de filhos legítimos, porém com a Carta Magna da República (1988) em seu art. 277, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, *proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação* [grifo meu]”, constatou-se o fim da discriminação entre filhos adotivos e consanguíneos pelo ordenamento positivo.

Por fim, foi com o sancionamento do ECA que realmente o instituto da adoção recebeu eficácia, garantindo todos os direitos cabíveis à criança. A adoção se tornou mais flexível, abriu possibilidades de crianças/adolescentes até 18 anos serem adotados, da mesma forma que a idade mínima para adotar reduziu-se a 18 anos. Mais à frente, com a Lei nº 12.010/09, permitiu-se que pessoas solteiras adotassem[10], introduziu maior força do Estado no processo, retirou também algumas restrições de direitos: cabe agora ao adotante licença maternidade, assim como modificou o vocábulo jurídico, renunciando-se de utilizar o pátrio poder e começando a dizer poder familiar.

A palavra adoção advém do latim *adoptare* e significa optar. Clóvis Beviláquia (1976) entende por adoção como uma ação na ordem civil onde uma pessoa opta por outrem desconhecido na qualidade de filho.

É ato jurídico, solene, pelo qual uma pessoa, maior de dezoito anos, adota como filho outra pessoa que seja, pelo menos, dezesseis anos mais moça que ela. [...] na terminologia jurídica, *adoção* tem também o sentido de admissão, ou seja, o de *admitira* prática de determinada *forma* para execução de um ato, ou a aceitação de uma praxe para regular a execução de uma medida. (SILVA, 2008, *grifo nosso*)

Arnold Wald (2004) conceitua adoção como “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um *ato jurídico bilateral* [grifo meu] que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas paras quais tal relação inexistente naturalmente”.

Juridicamente, a adoção é a transferência de direitos e deveres do poder familiar originário para uma família substituta. Essa ação, afere a criança/adolescente todos e quaisquer direitos e deveres na qualidade de filho, não podendo esse ser discriminado por ser adotado. A transferência de poder familiar aqui tratado só ocorre após todas as medidas para coexistência com a família biológica estejam esgotadas.

São muitos os conceitos dados à adoção, portanto partiremos de que a adoção é um ato jurídico bilateral onde uma pessoa, obedecendo os requisitos, pretende adotar uma criança/adolescente, estranha, sem a

necessidade da existência de vínculos consanguíneos, criando uma nova relação familiar, revogando a existência vinculativa do adotado com a família biológica, sendo esse processo irrevogável. Todo esse processo é previsto pelo ordenamento positivo.

A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei. (BRASIL, 1990, art. 39, §1º)

O processo de adoção está prescrito no ECA entre os arts. 39 a 52. O instituto da adoção no Brasil trata-se de conceder ao menor uma família substituta ao final desse processo, sendo todo o trâmite irrevogável.

O ECA estabelece, taxativamente, quais são os requisitos para a adoção, tanto de quem irá adotar – o adotante, como de quem será adotado – o adotando. É importante estabelecer requisitos para adoção, uma vez que o objetivo dessa é garantir que os direitos do adotado sejam tutelados de forma plena. Se o Estado se omitisse de requisitar quem poderia adotar e quem seria adotado, automaticamente se omitiria a tutela dos direitos da criança e do adolescente. Em analogia, seria como prescrever um remédio sem antes analisar seus efeitos e a quem estaria prescrevendo isso, o resultado logo seria indesejado, pretendia-se conseguir certos fatos, porém se negligenciou e atingiu outros.

O ordenamento positivo deixa claro quanto aos requisitos de quem poderá ser adotado, previstos no art. 40 do ECA. Basicamente, qualquer criança ou adolescente de até dezoito anos à data do pedido de adoção, com exceção de casos onde já estão sob guarda dos adotantes, poderão ser adotados.

Ao entrar em vigência o Código Civil de 2002 e nesse consta que a menoridade cessara aos dezoito anos, fazendo com que a pessoa natural fique hábil de todos os atos na ordem civil, o art. 40 do ECA é derogado<sup>[11]</sup> (GRANATO, 2010).

O ECA estabelece também os requisitos de quem poderá adotar. Segundo o estatuto, qualquer pessoa maior de dezoito anos poderá adotar,

não importando o estado civil desta (BRASIL, 1990, art. 42, *caput*). Salienta-se aqui dois fatos importantes: a primeira parte do *caput* trata dos maior de dezoito anos, antes da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, o estatuto previa como requisito do adotante idade mínima de vinte e um anos; a segunda parte do *caput* trata do estado civil de quem irá adotar, até o Código de Menores (BRASIL, 1979) só podiam adotar os casados com no mínimo cinco anos de união, com o sancionamento do ECA em 1990 esse requisito foi revogado, permitindo que, por exemplo, pessoas solteiras adotem.

Nota-se, no entanto, que ao tratar que independe do estado civil o legislado deixou aberto para adoção quaisquer pessoas. Tratar-se-á agora da adoção por casais homoafetivos, tema tabu dentro da casa legislativa. A partir da premissa de que já é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo (Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277 do Distrito Federal) e que se ambos os adotantes tiverem mais de dezoito anos, e respeitados os outros requisitos legais adiante tratados, não haveria razão para a adoção não ser deferida. O Supremo Tribunal de Justiça, em Recurso Especial tomou a decisão de conceder a adoção a casal homoafetivo, como consta a seguinte ementa:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDODE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DEVANTAGENS PARA A ADOTANDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO (STJ, 2013).

Não bastando, o legislador também definiu vedações enquanto ao adotante. Primeiramente em relação ao grau de parentesco. Não pode adotar ascendentes e irmãos (BRASIL, 1990, art. 42, §1). Acredita-se, logo, que esse requisito é para uma maior segurança jurídica, dado que o adotando foi retirado do núcleo familiar, não seria eficaz adota-lo ao núcleo. Porém, nem sempre o Estado se pronunciou dessa forma, em 1983 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul permitiu que os avós adotassem os netos tendo em vista melhor bem-estar desses. Vale ressaltar que essa decisão foi tomada antes da vigência do atual estatuto, que expressamente proíbe esse tipo de adoção.

ADOCÃO SIMPLES. PODEM SER ADOTANTES OS AVOS, VISANDO MELHOR RESGUARDAR OS INTERESSES DOS NETOS, INCLUSIVE PORQUE O PARENTESCO RESULTANTE DA ADOÇÃO SIMPLES LIMITA-SE AO ADOTANTE E AO ADOTADO (C-CIVIL, ART-376). VALIDADE DO CONSENTIMENTO DADO PELA MÃE DO ADOTANDO, SOLTEIRA E MENOR PUBERE. DESCABIMENTO DA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL À MÃE PARA CONSENTIR NA ADOÇÃO DO MENOR PELOS AVOS MATERNO. AÇÃO ANULATÓRIA IMPROCEDENTE (TJ-RS, 1983).

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em 2014, já proferiu decisão a favor da adoção de descendente por ascendente com base na interpretação do texto legal. Esse ativismo judicial é importante em dependendo do caso concreto, já que o juiz deve decidir sempre em razão do bem-estar do adotando e interpretar a lei com os fins sociais ao qual ela se destina (BRASIL, 1990, arts. 1 e 6).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (STJ, 2014).

Logo, apesar da lei vedar a adoção de ascendente, o magistrado poderá interpretar o texto legal atendendo aos fins sociais e o bem-estar do adotando. Carvalho (2010) constata que não é interessante a adoção entre



parentes pelo fato de causar uma confusão psicossocial ao adotando, a partir do momento que os avós ou irmãos se tornariam pais.

A segunda vedação é em relação a diferença de idade entre adotando e adotante. O ordenamento prescreve que essa diferença há de ser de no mínimo dezesseis anos (BRASIL, 1990, art. 42, §3). Mais uma vez, interpretando a legislação a favor da criança e do adolescente, os magistrados do Tribunal de Justiça de Sergipe permitiram a adoção onde a idade é menor que a estabelecida como requisito. Partiu-se de dois pressupostos a decisão: primeiro que se deve sempre julgar pesando no que é melhor para o adotando, seu bem-estar e os fins sociais ao qual a norma se dirige; segundo que o adotando já possui dezessete anos, idade suficiente para discernimento do que é melhor para si.

APELAÇÃO CIVIL. ADOÇÃO. DIFERENÇA DE IDADE ENTRE O ADOTANDO E ADOTANTE. EXEGESE DO ART. 43 §3 DO ECA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO EM QUESTÃO. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO MONOPARENTAL. PRIORIDADE DO BEM-ESTAR DO MENOR. SENTENÇA ANULADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJ-SE, 2007).

Como visto, qualquer pessoa que pretende adotar precisa se enquadrar nos requisitos do art. 42 do ECA. Se verídico, o processo de inscrição é a próxima etapa. O adotante deve preencher um cadastro, sem lesa-lo, de forma verdadeira. No período do cadastro o pretendente a adoção dirá o perfil do menor que se interessa a adotar, esse é caracterizado como um dos grandes problemas no processo de adoção.

Dados os fatos, ao momento que o Estado permite que o casal escolha as características da criança ou adolescente que pretende adotar, toda a ideia de adoção esvaia. A preferência começa na idade, a maioria dos casais que pretendem adotar são aqueles que por causa natural não podem ter filhos, logo, procuram por crianças de até quatro anos de idade, como mostra Cadastro Nacional de Adoção e o Conselho Nacional de Justiça em pesquisa realizada (ANEXO A). Os lares de crianças possuem 48% de sua população composta por adolescentes, esses não procurados pelos casais para adoção. É a chamada "adoção tardia" (VARGAS, 1998).

Enfim, o cadastro é feito em uma instituição nacional[12], estadual ou também regional.

Para as crianças ou adolescentes, o cadastro é feito somente àqueles destituídas de poder familiar, ou seja, que por meio de decisão judicial transitada em julgado não possuem pais ou representantes legais senão o Estado. O ECA prevê que o juiz da vara da infância e da juventude tem a responsabilidade legal[13] de cadastrar o menor (BRASIL, 1990, art. 250-A). O julgamento se dará na comarca do interessado em adotar, ou seja, onde se encontra o domicílio do adotante (BRASIL, 1990, art. 147).

O processo adotivo, então, só começara após o cadastro do pretendente a adoção, preenchidos os requisitos, analisados pelo magistrado, entrevistado pelo Assistente Social e por fim a aparição do Ministério Público.

Por se tratar de um processo civil, deve-se iniciar por meio de petição inicial (BRASIL, 1990, art. 197-A). Segundo alguns doutrinados, não se trata de um processo, apesar do texto legal mencionar o termo petição, mas sim de um procedimento administrativo, sendo então chamado de requerimento (GRANATO, 2010).

Outro requisito legal apresentado pelo ECA é o do consentimento. Cabe aos pais ou representantes legais do adotante consentirem com o processo de adoção para que esse seja efetivado (BRASIL, 1990, art. 45). Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já proferiu decisão a favor da adoção mesmo não existindo consentimento da mãe biológica, argumentou a decisão o princípio do melhor interesse da criança. Mais uma vez, o magistrado interpreta a lei e é ativista enquanto a isso, ao ponto de decidir *contra legem* para o bem comum.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE ADOÇÃO. CRIANÇA COM VÍNCULOS AFETIVOS ESTABELECIDOS COM SEUS CUIDADORES, PRETENDENTES À ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MÃE. SUBVERSÃO À REGRA DO ART. 45, ECA, EM BENEFÍCIO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ADOÇÃO À BRASILEIRA CONFIGURADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

OPINATIVO DO PARQUET PELO NÃO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO RECONHECIDO E NÃO PROVIDO (TJ-BA, 2013);

Seguindo, o legislador também ao escrever o Estatuto vedou uma situação em que não é necessário o consentimento dos pais ou representantes legais, quando o menor está destituído de poder familiar (BRASIL, 1990, art. 45, §1). Não seria prudente exigir o consentimento de alguém que não possuir responsabilidades pelo menor, já que esse alguém foi destituído dessas, sendo assim, caberá ao Estado proferir esse consentimento e, não mais, o núcleo familiar biológico. O mesmo se aplica quando os pais forem desconhecidos.

Ressalta-se, ainda, que o texto original do artigo falava em pátrio poder, como já mencionado anteriormente, com a vigência da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, o termo foi substituído por poder familiar.

O legislador considerou, até mesmo, o animus do adotando após seus doze anos (BRASIL, 1990, art. 45, §2). É prudente essa colocação, dado que o adolescente já possui discernimento para tais decisões e poderia caber a ele escolher o que será melhor per si.

Após todos os requisitos já preenchidos, dado a petição inicial, iniciar-se-á o estágio de convivência. O texto original do estatuto previa que o magistrado fixasse o prazo observando o caso, contudo, com a lei 13.509<sup>[14]</sup>, sancionada em 2017, o legislador fixou o prazo máximo de noventa dias (BRASIL, 1990, art. 46, *caput*), podendo ser prorrogado em mais noventa (BRASIL, 1990, art. 46, §2-A), observando o caso. A fixação de um prazo surge para aumentar a rapidez do processo de adoção. Dado que o estágio de convivência é imprescindível e não pode ser extinguido, salvo exceções.

O estágio de convivência tem por finalidade seja constatada a adaptação do adotando na futura família, mediante estudo social do contexto em que se insere o menor, abrangendo sua personalidade e a sua vida pregressa, bem como a dos adotantes, com vistas a garantia de seu sucesso (ALBERGARIA, 1996 *apud* FURLANETTO, 2006).

O legislador não considerou necessário realizar o estágio de convivência caso o adotando já estivesse sobre a tutela ou guarda legal do adotante (BRASIL, 1990, art. 46, §1). É viável essa consideração, o adotando já estaria em convivência com o adotante, logo seria um atraso no processo solicitar noventa dias para um estágio de convivência. Porém, o texto trata apenas da guarda legal, o legislador vedou a dispensa do estágio de convivência para a simples guarda de fato (BRASIL, 1990, art. 46, §2).

Como visto, os tribunais do país tendem a descumprir o texto legal. Sempre que reconhecer o princípio do melhor interesse à criança, o juiz deve interpretar lei de acordo com o fim social ao qual ela se destina e o bem-comum do menor. Sendo assim, os magistrados podem ser ativistas referente a isso, formando jurisprudência e juntando precedentes, mesmo que sejam *contra legem*, para o melhor da criança.

Apesar do legislador recentemente ter alterado o texto legal, sancionando a Lei nº 13.509 cuja estabeleceu prazos e reduziu os mesmos já estabelecidos, a demora no processo de adoção ainda é visível. A grande gama de requisitos para adoção é um dos principais motivos para adoção, principalmente por parte dos adotantes, que possuem preferências e que essas são escassas.

A própria Lei nº 12.010 faz com que o processo seja demorado. É uma lei que estabeleceu rigorosidade nesse, definiu requisitos profundos, prazos longos, e diversos subprocessos a serem tomados, como o estágio de convivência. Além de exigir petições, sentenças, documentos, preparações psicológicas, sociais e jurídicas.

Outro ponto a ressaltar que atrasa os processos de adoção, é que muitos dos menores estão sobre tutela ou guarda de seus pais, não sendo esses destituídos de poder familiar. Como o art. 45 do ECA exige que o consentimento dos pais, se esses não dão o aval, cabe ao magistrado destitui-los desse poder. Contudo, esse processo também não é rápido. O próprio estatuto conduz que devem ser tomadas todas as medidas para que a criança não seja separada de seu lar biológico, e somente esgotadas essas medidas, serão destituídas.

Enquanto não ocorre a destituição de poder familiar, esses menores não podem ser adotados, seguindo como exemplo: um menor que chegou ao abrigo com menos de 2 anos, sendo essa idade uma das mais procuradas para adoção, se esse ainda possuiu poder familiar, levará anos para ser destituído, crescendo dentro do abrigo e saindo dos parâmetros de busca dos adotantes, sendo muitas vezes deixado de lado, fazendo com que sua adoção seja tardia.

O Estatuto, por fim, definiu como será dado o vínculo da adoção. Sendo assim, constituirá o vínculo por meio de sentença judicial (BRASIL, 1990, art. 47). Após o ato, o juiz emitirá um registro civil, que a pedido do adotante, pode ser lavrado no Cartório (BRASIL, 1990, art. 47, §3). Todo e qualquer registro do adotando, antes do processo será arquivado, não constará mais seus pais biológicos na certidão e em nenhum mais documento, aquele pelo qual passou seu poder familiar agora constitui-se sua nova família, conferindo novo nome e omitindo sua origem.

O processo de adoção somente produzirá efeitos depois de transitar em julgado (BRASIL, 1990, art. 47, § 7). Sendo assim, o legislador recentemente, por meio da Lei nº 13.509 sentenciou um prazo máximo para ocorrer todo o processo de adoção, cento e oitenta dias (BRASIL, 1990, art. 47, §10).

Concedendo direitos ao adotante, caberá a esse quando completar dezoito anos ter acesso ao seu processo se esse solicitar (BRASIL, 1990, art. 48).

Completado o processo de adoção, transitado em julgado, esse é irrevogável. Porém, a família substituta pode, ainda, ser destituída de poder familiar, porém, não podem renunciar ao ato da adoção.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se de imediato, que o processo de adoção é complexo e extremamente demorado. Desde as exigências feitas tanto aos adotantes quanto aos adotandos até mesmo os requisitos formais da adoção, fazem

como que esse processo seja árduo e muitos famílias cheguem a desistir no caminho.

Concebidas as decisões pelos diversos tribunais, percebe-se uma tendência dos magistrados a decidirem de uma forma contrária ao que está expresso na lei, como desobedecer a requisitos legais e formais e prazos. O legislador originário, aquele que escreveu o Estatuto da Criança e do Adolescente pensou em sua época, porém a lei é antiga e não possui tanta validade nos hodiernamente. Cabe então, de forma atípica, ao Poder Judiciário atualizar o ordenamento por meio de precedentes e jurisprudência a fim de sempre permite o bem-estar do menor e os fins sociais ao qual a lei foi escrita.

A interpretação do texto legal aqui feita é meramente positivista, analisou-se o texto em sua literalidade, mostrando por meio das bibliografias discordâncias com esse dogmatismo.

Cabe ainda salientar as mudanças sofridas do instituto da adoção ao longo dos anos, sem alterar de forma significativa o seu significado. Desde as sociedades antigas o instituto tem fim de construir família. Apesar das leis antigas preverem maiores restrições a adoção e, até mesmo, durante a idade média esse instituto ser extinguido, sua essência permanece a mesma.

Outrossim, o instituto no Brasil prove do Império e permanece, com grandes alterações, a transferência do poder familiar e a possibilidade de qualquer pessoa adotar tendo mais de dezoito anos por exemplo. Todavia, apesar das grandes evoluções no processo adotivo brasileiro, ele ainda é burocrático e alvo de críticas. Sendo assim, é papel do legislador, e não do judiciário que já se sobrecarrega interpretado as normas, suprimir tantas exigências e tramites que se fazem.

Por fim, outro ponto a ressaltar são as exigências dos adotantes enquanto os adotandos. Reflexo de uma sociedade preconceituosa, as crianças negras e com mais de treze anos dificilmente são adotadas. As escolhas majoritárias são por recém-nascidos ou crianças de até quatro anos, brancas. Esse perfil segregatório dos adotantes fazem com que o processo demore ainda mais, além de fazer com que os abrigos fiquem

superlotados. Possui-se cinco crianças para cada pretendente, e mesmo assim a espera por essas é longa. Nesses casos a adoção não tem seu viés original, de constitui família, e, sim, uma ideia mais “objetificadora” e utilitarista.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do novo Código Civil. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 49, p 275-289, jan./mar. 2003.

BARBOSA, Eduardo L. Adoção. *Conteúdo Jurídico*, 2010. Disponível em: . Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**, Brasília, out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, jan. 1916. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.113, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Rio de Janeiro, maio 1957. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Código de Menores**. Institui o Código de Menores. Brasília, out. 1979. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, jul. 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Código Civil**. Brasília, jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 de maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Brasília, ago. 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992;

revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Brasília, nov. 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: . Acesso em: 04 jun. 2018.

BEVILAQUIA, Clovis. **Clássicos da Literatura Jurídica**: Direito da Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERRARI, Afonso T. **Metodologia da Ciência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974.

FURLANETTO, Carolina D. **Adoção**: Aspectos jurídicos e sociais e a viabilidade jurídica para os homossexuais. 2006. Disponível em: . Acesso em: 4 jun. 2018.

GRANATO, Eunice F. R. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES, J. **Fazer Do Trabalho Científico Em Ciências Sociais Aplicadas**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2006.

MALON, Gustavo Scaf de. Evolução histórica da adoção no Brasil, 2009. Disponível em: <  
[http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13034:imported\\_13004&catid=32&Itemid=181](http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13034:imported_13004&catid=32&Itemid=181)>. Acesso em: 19 de jun. 2018.

MANZO, Abelardo J. **Manual para la preparación de monografías**. Buenos Aires: Humanitas, 1973. 123p.

MAUX, Ana Andréa B; DUTRA, Elza. A adoção no Brasil: algumas reflexões. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 365-472, ago. 2010.

MPPR destaca a importância da chamada "adoção necessária", 2017. Disponível em: . Acesso em: 20 de jun. 2018.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 21ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SILVA, Oscar J. de Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STJ. Recurso Especial: REsp 1281093 SP 2011/0201685-2. Relator: Ministra Nancy ANDRIGHI. DJe: 04/02/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial: REsp 1448969 SC 2014/0086446-1. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data Julgamento: 21/10/2014. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 03/11/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2018.

TJ-BA. Apelação: APL 00021026920098050032 BA 0002102-69.2009.8.5.0032. Relator: Ministra Daisy Lago Ribeiro Coelho. Julgamento: 8/10/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2018.

TJ-RS. Apelação Cível Nº 582000394, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado em 15/03/1983. **JusBrasil**, 1983. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2018.

TJ-SE. Apelação Cível Nº 200720069 SE. Relator: Desembargadora: Madeleine Alves de Souza Gouveia, Data do julgamento: 15/10/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2018.

VARGAS, M. M. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004

NOTAS:

[1] Para o festejado professor Dr. Clóvis Beviláqua a adoção conceituava-se como: "ato jurídico que cria entre duas pessoas relações civis de paternidade e maternidade e de filiação".

[2] Temos ainda o esclarecimento do eminente civilista do século XX, professor Caio Mário da Silva Pereira, mencionando que: "é ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim".

[3] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

[4] Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

[5] Art. 3º da Lei nº 12.010/09: “A expressão “pátrio poder” contida nos [arts. 21, 23, 24](#), no [parágrafo único do art. 36](#), no [§ 1º do art. 45](#), no [art. 49](#), no [inciso X do caput do art. 129](#), nas [alíneas “b” e “d” do parágrafo único do art. 148](#), nos [arts. 155, 157, 163, 166, 169](#), no [inciso III do caput do art. 201](#) e no [art. 249, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#), bem como na Seção II do Capítulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, fica substituída pela expressão “poder familiar”.”

[6] Art. 45 do ECA: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.”

[7] MPPR destaca a importância da chamada “adoção necessária”, 2017. Disponível em: . Acesso em: 20 de jun. 2018.

[8] As Ordenações Filipinas, promulgadas em 22 de setembro de 1828, introduziu o instituto da adoção no Brasil.

[9] Lei nº 6.697, 10 de outubro de 1979.

[10] Art. 42 do ECA: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, *independentemente do estado civil* [grifo meu]”.

[11] Derrogar consiste em revogar uma lei parcialmente: parte dessa ainda fica em vigor, enquanto outra perde vigência (PEREIRA, 2005).

[12] O Cadastro Nacional foi instituído pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.

[13] Descumprida, remete a crime de responsabilidade.

[14] Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.

## **ENVELHECIMENTO E CIDADANIA: DESAFIOS E CONQUISTAS PRESENTES NA POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO**

**BEATRIZ APARECIDA SOARES GANEM:** Graduada em Pedagogia pela FENORD - Fundação Educacional Nordeste Mineiro - Teófilo Otoni. Graduada em Letras pela Federação de Escolas Faculdades Integradas Simonsen, Pós-Graduada em Psicopedagogia: Distúrbios e Dificuldades de Aprendizagem pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós- Graduada em Gestão Ambiental pela Faculdade do Nordeste de Minas- FINOM. Pós- Graduada em Direito da Criança, Juventude e Idosos pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Ucam Prominas.

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre o envelhecimento e cidadania: desafios e conquistas presentes na Política Nacional do Idoso e tem como objetivo principal analisar a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso, bem como seus reflexos nas conquistas e desafios na contemporaneidade. Justifica-se a iniciativa de realizar este trabalho pela necessidade de uma reflexão e conhecimento sobre o idoso no Brasil, procurando entender como são aproveitadas as suas potencialidades, experiências e sabedoria, de forma a assegurar a dignidade dos mesmos, para que seja alcançado o fim social almejado. Sendo assim, levantou-se a seguinte questão norteadora: Quais os desafios e conquistas presentes na Política Nacional do Idoso? Com o objetivo de elucidar o tema proposto, os métodos utilizados para a realização deste trabalho fundamentam-se numa pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo em diversos tipos de publicações como livros, artigos e internet, além da consulta à própria legislação condizente ao tema proposto. Os achados encontrados mostram os direitos conquistados pelos idosos, porém, só será efetivado, se clamando a todos para conhecer, acompanhar e fiscalizar a maneira como esses direitos estão postos para o público, de modo a garantir a boa aplicação da lei, pois os mesmos almejam a conquista de seus direitos, o respeito da sociedade, o reconhecimento de sua experiência de vida e o exercício de sua cidadania.

**Palavras chave:** Idosos. Política Pública. Direito dos Idosos

**ABSTRACT:** This paper deals with aging and citizenship: challenges and achievements present in the National Policy for the Elderly and has as main objective to analyze the National Policy for the Elderly and the Elderly Statute, as well as their reflections on the achievements and challenges in contemporary times. Justified the initiative to carry out this work by the need for reflection and knowledge about the elderly in Brazil, seeking to understand how their potentials are harnessed, experience and wisdom, in order to ensure the dignity of the same, in order to reach the end social well almejado. Sendo, rose the following question: What are the challenges and present achievements in the National Policy for the Elderly? In order to elucidate the theme, the methods used for this work are based on a literature review of qualitative nature in various types of publications such as books, articles and internet, as well as consulting the legislation itself befitting the theme. The found findings show the rights conquered by the elderly, however, will only be effected if calling everyone to know, monitor and control the way these rights are set for the public, to ensure the correct application of the law, as they aim at the achievement of their rights, the respect of society, the recognition of their life experience and the exercise of their citizenship.

**Keywords:** Elderly. Public policy. Right Seniors

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o envelhecimento e cidadania: desafios e conquistas presentes na Política Nacional do Idoso e tem como objetivo principal analisar a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso, bem como seus reflexos nas conquistas e desafios na contemporaneidade.

Justifica-se a iniciativa de realizar este trabalho pela necessidade de uma reflexão e conhecimento sobre o idoso no Brasil, procurando entender como são aproveitadas as suas potencialidades, experiências e sabedoria, de forma a assegurar a dignidade dos mesmos, para que seja alcançado o fim social almejado.

Analisando Veras (2003), o Brasil tem envelhecido a passos largos e estima-se que para 2020, essa população alcance 32 milhões.

Vários são os fatores que justificam o número crescente de idosos no país, dentre os quais ressalta-se o controle de doenças infecto-contagiosas e potencialmente fatais, sobretudo a partir da descoberta dos antibióticos, das políticas de vacinação em massa, bem como a diminuição das taxas de fecundidade.

Sendo assim, levantou-se a seguinte questão norteadora: Quais os desafios e conquistas presentes na Política Nacional do Idoso?

Com o objetivo de elucidar o tema proposto, os métodos utilizados para a realização deste trabalho fundamentam-se numa pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo em diversos tipos de publicações como livros, artigos e internet, além da consulta à própria legislação condizente ao tema proposto.

A hipótese levantada foi: Com base nas apreciações teóricas entende-se que o desconhecimento da sociedade civil sobre a Política Nacional do Idoso dificulta a efetivação dos direitos sociais dos mesmos.

## **2 ASPECTOS CONCEITUAIS E FUNDAMENTOS IMPORTANTES SOBRE O ENVELHECIMENTO**

Conceituar velhice não é tarefa fácil, pois o processo de envelhecimento começa desde o nascimento do indivíduo. Nesse procedimento de desenvolvimento adulto torna-se um fator crucial e abstrato, definir em que tempo ou segundo, qual característica específica ele deixa de ser adulto para ingressar nessa fase denominada velhice.

Envelhecer faz parte da natureza e da vida de todo ser vivente. Sendo assim, levando em conta o aumento da população idosa e a importância de dar continuação ao ciclo da vida, é necessário que em todas as dimensões, seja abrangente o conceito da pessoa idosa.

As dimensões estão pautadas nas políticas econômicas, sociais, culturais, educativas e também na ética jurídica listando-se na Declaração

Universal dos Direitos Humanos (ONU). Contudo, essas dimensões em sua maioria são inferidas e não ressaltadas, levando as pessoas idosas a serem classificadas e definidas apenas ao grupo etário a que pertencem. Esse entendimento é também encontrado no Brasil, tanto na Política Nacional do Idoso, quanto no próprio Estatuto do Idoso, no seu Artigo 2º resalta que:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2004).

O conceito de velhice, segundo Santos (2003), deve ser visto como a última fase do envelhecimento humano, ou seja, um estado que caracteriza a condição do ser humano idoso. Portanto, na atualidade com os avanços da medicina, dos tratamentos bionaturais, e até mesmo a indústria de cosméticos e a preocupação com a estética, a velhice parece encontrar novos limites, uma vez que os efeitos da velhice podem ser espalmados sem maior dificuldade. Sendo assim, a velhice tem encontrado maqueios para as marcas do tempo e uma nova conceituação do que representa essa fase.

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos dessa lei e da legislação vigente. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais (BRASIL, 2004).

O envelhecimento ocorre de forma diferenciada entre as pessoas de idade cronológica iguais, pois vários são os fatores que podem contribuir para este processo como: alimentação, tipo de atividades

laborais, cuidados com a prevenção de doenças e até mesmo em relação a violência em todos os âmbitos, seja familiar ou social (BRASIL, 2010).

Com base nas definições apresentadas percebe-se o grau de complexidade que apresenta o debate acerca do idoso. Tal realidade demonstra a conjuntura indissociável no âmbito das análises dele e sobre ele realizada, sua trajetória, anseios, avanços e retrocessos embasados na ótica econômica, cultura, política e social.

### **3 A POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO E O ESTATUTO DO IDOSO**

De acordo com o Artigo 230 da Constituição Federal de 1988, será dever da família, da sociedade e do Estado amparar os idosos, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Parte-se de essa é a base para nortear o planejamento e a execução de políticas sociais públicas destinadas à terceira idade, estabelecendo mínimos sociais de proteção, que são assegurados pela Assistência Social, Lei nº 8.742/93.

No Brasil, o direito universal e integral a saúde foi consolidado com a criação do sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Lei Orgânica da Saúde nº 8080/90, para atender as crescentes demandas de sua população, principalmente aquela que envelhece.

Sob essa perspectiva foi promulgada em 1994 a Política Nacional do Idoso (PNI) regulamentada em 1996 assegurando o direito social à pessoa idosa, designando condições para promover sua autonomia, integração e participação na sociedade e reafirmando o direito a saúde nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS)[1].

Procedendo no mesmo quadro o Artigo 2º, no § V (Decreto 1948/96), a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI) ressalta a necessidade da promoção de ventos específicos para discussão das questões relativas a velhice e ao envelhecimento e, no Artigo 9º § VII,

expressa a necessidade de desenvolver política de prevenção para que a população envelheça mantendo um bom estado de saúde.

Conquista-se em 2003, por aprovação do Congresso Nacional do Brasil, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), que se ateve na participação e segmentos de defesa dos interesses dos idosos.

O Estatuto do Idoso corresponde a um mecanismo formal, legal que visa reconhecer o idoso em sua condição primordial de “ser humano”, com direitos igualitários e específicos tais quais em qualquer fase da vida. Busca assegurar a participação política e social resguardando os direitos civis e condições protetivas por parte da família, do Estado e sociedade civil.

Assim reafirma as diretrizes da Política Nacional do Idoso no seu Artigo 3º:

É obrigação da família, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2004, p. 3).

Dentre as exigências do Estatuto para com o idoso destaca-se a preferência no atendimento individualizado junto a órgãos públicos prestadores de serviços a população, viabilização de formas alternativas de participação, também prioridade do atendimento ao idoso em meio a sua família e preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas específicas do próprio idoso e ainda, o Estatuto vem reafirmar o benefício de um salário mínimo aos idosos.

Com isso, os idosos almejam a conquista de seus direitos, o respeito da sociedade, o reconhecimento de sua experiência de vida e o exercício de sua cidadania (resgatar ou manter sua autoestima, a segurança emocional, a individualidade), a oportunidade de expor suas ideias, desenvolver potencialidades, estabelecerem relacionamentos, dispor das horas livres com um lazer saudável de continuar vivendo, enfim participar.

## **CONCLUSÃO**



O envelhecimento é fenômeno natural da vida, inevitável e irreversível. Entretanto pode ser vivido com qualidade desde que se tenha boa saúde, hábitos alimentares saudáveis, assistência e acompanhamento necessários.

Com base nos autores pesquisados foi possível perceber que a velhice sempre é vista como um período de decadência física e mental, mas que por meio de políticas e programas oficiais devem observar os direitos, as necessidades e as referências individuais dos idosos.

Envelhecer faz parte da natureza e da vida de todo ser vivente. Sendo assim, levando em conta o aumento da população idosa e a importância de dar continuidade ao ciclo da vida, é necessário que em todas as dimensões, seja abrangente o conceito da pessoa idosa.

Portanto, para que os idosos possam viver de forma cidadã no âmbito sociopolítico e econômico do país, foca-se na manutenção das políticas públicas que atendem o idoso para que a quantidade de anos vividos não seja dissociada da qualidade de vida. Trata-se da manutenção histórica do homem enquanto sujeito de direitos, independente de sua capacidade produtiva.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do Idoso*. 2.<sup>a</sup> edição 3.<sup>a</sup> reimpressão Série E. Legislação de Saúde. Brasília/DF. 2004. Disponível em: <  
[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/livros/estatuto\\_idoso2edicao.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/livros/estatuto_idoso2edicao.pdf)> Acesso em: 06 fev 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei Orgânica de Assistência Social. Lei nº 8742/93*. Disponível em:

[w.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://w.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)> Acesso em: 03 mar 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei 8080/90*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

[br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em: 04 mar 2016.

BRASIL. *Ministério da Saúde*. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Atenção à saúde da pessoa idosa e envelhecimento / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas, Área Técnica Saúde do Idoso. – Brasília, 2010. 44 p.: il. – (Série B. Textos Básicos de Saúde) (Série Pactos pela Saúde 2006, v. 12). Disponível em:

[abcad19.pdf](#)> Acesso em: 13 fev 2016.

GROISMAN, Daniel. Velhice e história: perspectivas teóricas. *Cadernos do IPUB, n. 10, 1999*.

SANTOS, Silvana S.C. *Gerontologia e os pressupostos de Edgar Morin*. In: Textos envelhecimento. Rio de Janeiro: UnATI/UERJ, 2003.

Veras, Renato. *A longevidade da população: desafios e conquistas*. *Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 75, 2003*. Disponível em:

[br/ojs-2.2/index.php/humanas/article/viewFile/454/419](http://br/ojs-2.2/index.php/humanas/article/viewFile/454/419)> Acesso em: 04 mar 2016.

NOTAS:

---

[1] Lei 8.842/94 e Decreto 1.948/96 (PNSPI), que regulamenta a Política Nacional do Idoso.

## JUSTIÇA EM JOGO

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

Com a eliminação da seleção canarinho na Copa de 2018, ficou nítida a indiferença do povo brasileiro em relação às tragédias anunciadas no mundo do futebol. Aquele estado de choque que tomou o estádio do Maracanã em 1950, após a derrota de virada para o Uruguai, assim como o pranto pela eliminação no jogo contra a Itália, em 1982, estão longe de serem vistos novamente.

O fenômeno não se deve apenas ao agravamento progressivo da crise econômica, que, sem sombra de dúvida, atrapalha significativamente os planos pseudonacionalista de uma mídia obstinada em vender alegria, mas, principalmente, em razão de ninguém mais cultivar tamanho otimismo ao ponto de acreditar na capacidade de jovens milionários desenvolverem tanta habilidade com a bola. Bem diferente disso, aprendemos a rir de nós mesmos, embora o sorriso seja daqueles sem brilho, bem amarelados, como o de quem se arrependeu de ter desdenhado prematuramente de seus irmãos americanos.

É cedo ainda para afirmar com segurança, mas é possível que tenha sido a participação mais medíocre do nosso país em um mundial de futebol. De qualquer modo, certamente, dentro de alguns anos, poucas lembranças restarão na memória coletiva sobre mais um fracasso dentro das quatro linhas. Porém, de um fato o povo brasileiro jamais irá esquecer: o que aconteceu nos bastidores do Poder Judiciário concomitantemente à realização dos jogos.

Enquanto a imprensa explicava as probabilidades do Brasil encerrar a fase de grupos na liderança, o Supremo Tribunal Federal determinava a soltura de mais um réu. Algo tão inusitado, que, em homenagem ao momento esportivo pelo qual estávamos passando, merecia ser noticiado com a eloquência das narrativas dos grandes locutores: "SABE DE QUEM?".

Sim, ninguém mais do que o “homem forte” do governo Lula, o Ex-ministro da Casa Civil José Dirceu! Tão logo restaurada a sua liberdade, partiu para assistir ao jogo entre Brasil e Sérvia, sem ao menos precisar suportar o incômodo da torção eletrônica. Talvez por se tratar da fase de grupo, também foi concedida a liminar para o Deputado Eduardo Cunha, seguido do arquivamento do inquérito policial instaurado para investigar o Senador Aécio Neves no caso de Furnas. E para fechar a “rodada”, a Senadora Gleice Hoffman foi absolvida das acusações que lhe foram feitas. Esse sim foi um golaço! Deve ter gente querendo assistir ao *video tape* para ter certeza de que tudo isso ocorreu em tão curto espaço de tempo.

Contudo, o fato mais emblemático só veio a ocorrer algumas horas após nossos atletas deixarem a Rússia, mais precisamente em 8 de julho, dia que ficou longe de entrar para a história como um domingo qualquer. O Desembargador Rogério Favreto, que estava em regime de plantão do TRF da 4.<sup>a</sup> Região, concedeu a ordem em *habeas corpus* determinando a imediata soltura do Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva, suspendendo assim o cumprimento provisório da sentença condenatória confirmada em segunda instância. Em um primeiro momento, a notícia foi recebida pela população com um certo grau de desconfiança, até porque a quantidade de *memes* circulando diariamente nas redes sociais é tão grande que a maioria preferiu esperar a segunda parte da notícia para tentar entender o que parecia ser uma piada. Aliás, a sátira já começou, e tudo indica que se prolongará até o mês que vem, quando, oportunamente, alguém postará a foto do Rubinho Barrichelo dizendo: “A Justiça mandou soltar o Lula!”. Realmente, motivo não faltava para tanta cautela. Se nem os doze meninos tailandeses estavam conseguindo se livrar da clausura, o que dizer do Presidente Lula, confinado em cela da Polícia Federal por decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal.

O fundamento jurídico exarado na decisão em *habeas corpus* baseia-se no fato de o paciente manifestar interesse em concorrer às eleições presidenciais que serão realizadas em outubro deste ano. Para o desembargador Rogério Favreto, e somente para ele, trata-se de fato novo, e como tal deveria ser apreciado (vide comentário acima a respeito do piloto Rubinho Barrichelo). Entretanto, deve-se atentar para três aspectos no mínimo intrigantes. Em primeiro lugar, ainda que a pré-candidatura

pudesse ser considerado fato novo, não passaria de um dado totalmente irrelevante ao processo de *habeas corpus*. Cabe aqui dizer, que é preciso manter a esperança de que este entendimento perdure *ad eternum*, pois se uma jurisprudência em sentido contrário for consolidada, com certeza os mais de 700 mil presos que atualmente se encontram no sistema prisional irão encontrar uma justa causa para levantar qualquer bandeira partidária. Em segundo lugar, o referido desembargador atuava na condição de plantonista, sendo competente apenas para analisar conflitos considerados urgentes. E se competente fosse, em hipótese alguma, seu julgamento poderia contrariar decisão já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, também é de se estranhar que não tenha se declarado suspeito em razão de seu estreito e notório envolvimento com o Partido dos Trabalhadores e muitas de suas lideranças, inclusive o próprio paciente. Seria muito interessante se a seleção brasileira estivesse jogando naquela tarde dramática de domingo. A notícia da expedição do alvará de soltura poderia ter sido dada pelo locutor esportivo Galvão Bueno no decorrer da partida com a mesma emoção de quem narra um gol de mão. O famoso jargão cairia como uma luva: "PODE ISSO, ARNALDO?". E a resposta não seria outra: "A lei é clara! Ele estava totalmente impedido (suspeito)!". Realmente, não precisa ser um gênio para chegar a esta conclusão, basta abrir o Código de Processo Penal e examinar as regras contidas nos incisos do art. 254.

Como se não bastasse a estarrecedora decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, o juiz Sergio Moro surgia para roubar a cena mais uma vez. Mesmo não sendo a autoridade coatora, visto sua atividade jurisdicional ter se esgotado no processo que tramitou pela 13.<sup>a</sup> Vara Criminal, e estando no gozo de suas férias em país estrangeiro, diga-se de passagem, decidiu, *ex officio*, intervir na causa, determinando que a Polícia Federal não acatasse a decisão proferida em instância superior. Mais uma vez fomos tentados a pensar se a Copa do Mundo não estava influenciando os tribunais pátrios, pois a atitude de rever uma decisão proferida por um juiz de segundo grau muito se assemelha ao expediente do recém-criado VAR (sigla em Inglês para se referir ao *video assistant referee* ou árbitro assistente de vídeo), embora totalmente estranho ao ordenamento jurídico vigente.

Em que pese ser defeso ao agente público fazer juízo de conveniência ou oportunidade em relação às ordens a ele dirigidas, uma vez que a avaliação do mérito diz respeito tão somente ao seu superior hierárquico, o mesmo procedimento não se estende quanto ao exame da legalidade. A ordem quando manifestamente ilegal, isto é, contaminada pelo flagrante desrespeito ao ordenamento jurídico, não deve ser cumprida de maneira alguma, ainda que tenha sido emanada da Presidência da República. É o que se pode extrair, inclusive, da norma contida no art. 22 do Código Penal Brasileiro. Entretanto, se tinha alguém em condições de se recusar a cumprir a ordem de soltura do paciente com base no fundamento acima exposto, esse indivíduo era o Delegado da Polícia Federal. Isso porque, em primeiro lugar, era ele que tinha o paciente sob custódia; e, em segundo, porque a ordem havia sido a ele endereçada, e não ao juiz Sergio Moro.

O impasse criado entre os magistrados Rogério Favreto e Sergio Moro é condizente e proporcional ao caos instaurado na Justiça brasileira, onde não temos onze ministros compondo a Suprema Corte, mas sim onze supremas cortes. Se bate-bocas recheado de ofensas são frequentemente travados no plenário do Supremo Tribunal Federal, e exibidos ao vivo e a cores para todo o país, então o que se poderia esperar das instâncias inferiores? Uma mistura do mal com atraso e umas pitadas de psicopatia? Sergio Moro, juiz de primeiro grau, declara a incompetência de um dos seus pares no segundo grau de jurisdição, mesmo sendo igualmente incompetente para apreciar a matéria, e para completar, estando no gozo de suas férias (fora do exercício de suas funções) e em outro país, sobrepondo-se ao juiz substituto da 13.<sup>a</sup> Vara Criminal. A imprensa procurou amenizar o incidente classificando-o como conflito positivo de competência, quando seria mais conveniente criar uma nova denominação: conflito esquisito de incompetência.

Não podemos esquecer que o clima de Copa acirrou ainda mais a tendência do povo brasileiro de a todo instante se projetar na arquibancada. E assim deixamos de ser cidadãos e passamos a agir como verdadeiras torcidas organizadas. Quem tem simpatia pelo Presidente Lula, aplaude de pé o desembargador Rogério Favreto, como um camisa dez, futuro mártir; quem se posiciona em sentido contrário, acolhe o juiz Sergio

Moro como se este fosse um membro da Liga da Justiça, um benfeitor das histórias em quadrinhos, um Pelé de toga. Entretanto, a ciência jurídica não pode ser reduzida a uma espécie de pornochanchada de terceira categoria para ser debatido por ébrios e mentecaptos do submundo dos bares maus frequentados, como costumam fazer por ocasião das partidas de futebol. O Direito Processual Penal possui princípios informativos muito claros, alguns deles de natureza constitucional, calcados na lógica e na razão. A aplicação precisa dos seus institutos não pode, nem deve ser visto como um luxo ou privilégio, mas sim como o método que nos garante a preservação dos bens mais sagrados para a sociedade, como a vida, a liberdade e a dignidade. Se todo esse episódio tivesse ocorrido durante a apresentação de um trabalho de grupo realizado por estudantes da Faculdade de Direito, no estilo daquelas simulações do Tribunal do Júri, seria muito simples e fácil de resolver. Bateria o professor aplicar nota zero para todo mundo e agendar uma prova de recuperação para a semana seguinte.

Há quem pense não terem sido cometidos equívocos jurídicos por nenhum dos lados envolvidos no conflito em análise. Alguns acreditam ter se tratado de uma estratégia muito bem articulada por aqueles que apoiam e lutam pela sedimentação da candidatura do Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva, no sentido de deflagrar um verdadeiro “Putsch” jurídico capaz de viabilizá-la. Em contrapartida, outros acham que a batalha judicial travada foi apenas pano de fundo para uma manobra política premeditada e meticulosamente orquestrada, na qual o desembargador Rogério Favreto acabaria sendo afastado da magistratura, e, por conseguinte, aposentado compulsoriamente, para, em breve, se candidatar a um cargo público pelo Partido dos Trabalhadores. Em paralelo, o constrangimento comprometeria ainda mais a imagem que o juiz Sergio Moro procura ostentar como um julgador imparcial nos processos relativos à Lava Jato. Se porventura nenhuma dessas teses puramente especulativas não guardasse ao menos algum grau de probabilidade, então não haveria razão para o Conselho Nacional de Justiça deflagrar uma investigação destinada a apurar a conduta dos magistrados supracitados. Pela primeira vez o comentário da Presidente Dilma Youssef em um dos seus antológicos discursos parece fazer sentido: “Não acho que quem ganhar ou quem perder, nem quem ganhar, nem perder, vai ganhar ou perder. Vai todo mundo perder.”.

## **AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM PACTOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

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

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo analisar em que hipóteses é possível a alteração do que fora pactuado em contratos firmados pela Administração Pública direta e indireta. É apontado que, nestes casos, geralmente os contratos são firmados com prévia licitação ou por meio de contratações diretas. Em ambas as situações, deve-se observar, em regra, os limites legais para alteração contratual, tanto nas hipóteses de alteração quantitativa como nas qualitativas. No entanto, é dito que não se pode realizar uma interpretação legal literal inflexível, posto que pode ocorrer situações em que é possível a inobservância dos limites estritos impostos na lei para atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade para a Administração Pública.

**SÚMÁRIO:** 1 Considerações iniciais; 2 As alterações contratuais na lei 8.666/93; 3 As alterações contratuais na lei 13.303/2016; 4 A interpretação dos limites para alterações contratuais; 5 conclusões.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Licitação. Contrato. Alteração.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze in what hypothesis it is possible to change what was agreed in contracts signed by the Public Administration. It is pointed that, in these cases, generally the contracts are signed with prior bidding or through direct contracting. In both situations, the legal limits for contractual alteration should be observed, both in quantitative and qualitative alterations. However, it is said that an inflexible literal legal



interpretation can not be performed, since situations can occur in which it is possible to fail to observe the strict legal limits imposed.

**Keywords:** Administrative Law. Bidding. Contract. Change.

---

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se a Administração Pública, em sentido amplo, pretende contratar com terceiros, ela deve em regra realizar um processo prévio para a escolha impessoal do futuro Contratado denominado de licitação.

Sobre o tema, determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Depreende-se, pois, que o processo licitatório é a regra nas contratações no âmbito da Administração Pública. Não obstante, como exceção, é possível ventilar a possibilidade de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, com previsão na própria Constituição Federal, que permite, de acordo com o previsto em Lei Ordinária, a realização de contratações diretas.

A Lei que rege as licitações para a Administração Pública é a Lei de Licitações, nº 8.666/93. Especificamente para as empresas estatais, sociedades de economia mista e empresas públicas, a exigência de prévia licitação encontra guarida no art. 173, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, observando-se, atualmente, o regramento legal ordinário disposto na Lei nº 13.303/2016, a denominada Lei das estatais.

Concluído os trâmites para a contratação, seja por meio de um certame ou por meio de contratação direta, o contrato é firmado com a pessoa escolhida.

Tal contrato estabelecido com a Administração Pública, ao contrário de um contrato privado regido pelas normas de direito civil em que a regra é a liberdade de alterações, possui alguns limitadores que dificultam a sua modificação ao bel prazer das partes contratantes.

Por conta disso, o presente artigo tem por objetivo de analisar em que hipóteses é possível a alteração do que fora pactuado em contratos firmados pela Administração Pública, seja direta ou indireta.

## 2 AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS NA LEI 8.666/93

É relevante destacar, inicialmente, que um contrato regido pelo Direito Administrativo difere de um contrato particular, pois neste a regra é a plena liberdade das partes que, no mesmo patamar negocial, estipulam as obrigações recíprocas e concluem pela obrigatoriedade da avença (o brocardo latino *pacta sunt servanda*). Naquele, há prerrogativas extraordinárias que exorbitam da relação contratual e foge da autonomia do particular.

Além disso, nos contratos regidos pela Lei de Licitações existem cláusulas obrigatórias que devem ser observadas. Dispõe o art. 55 da Lei 8.666/93 que:

São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Ressalte-se que as cláusulas da avença devem estar em consonância com os termos da licitação ou do ato que autorizou, em caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação, e da proposta a que se vincula (art. 54 da Lei 8.666/93).

De outra senda, é observável que não há obrigatoriedade legal explícita para que se estabeleça, no contrato firmado sob a égide da Lei de Licitações, uma cláusula específica para tratar de acréscimos ou supressões do objeto contratual.

Ressaltamos, por sua vez, que a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) estabelece limite para que a Administração altere as condições contratuais

e formalize aditivos, em especial, aqueles que tenham o propósito de alterar seus objetos.

O art. 65 do mencionado diploma legal apresenta as estritas hipóteses em que seria facultado alterar o objeto de seus contratos, estando essas modificações separadas em duas categorias: (i) qualitativas; e (ii) quantitativas. O parágrafo primeiro do aludido artigo determina que:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Lucas Rocha Furtado<sup>[1]</sup> caracteriza as modificações qualitativas como aquelas que “podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto, quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação”.

Já o Professor Marçal Justen Filho<sup>[2]</sup> leciona que “a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada”.

A título de elucidação, pode-se dizer também que “as alterações quantitativas são aquelas realizadas em virtude da necessidade de crescer ou suprimir determinada quantidade do objeto contratado. As alterações qualitativas ocorrem quando há necessidade de adequação do projeto às novas especificações em função da modificação da circunstância contratual preestabelecida”<sup>[3]</sup>.

Destarte, as alterações podem ser unilaterais, quando feitas só pela vontade exclusiva da Administração, ou bilaterais, por acordo entre a Administração e o Contratado.

As modificações quantitativas ocorrem quando for necessária a modificação do valor do contrato em razão de acréscimo ou diminuição nos quantitativos do seu objeto.

Já as alterações qualitativas decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas obras ou serviços quando a Administração necessitar modificar o projeto ou as especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos, sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.

Vê-se, ainda, que em qualquer espécie de alteração, seja quantitativa ou qualitativa, deve observar, em princípio, os limites legais constantes no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, acima transcrito.

Além disso, há barreiras e condicionantes para a concretização das alterações contratuais. De um lado, nos direitos do Contratado, a quem se assegura a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro e da natureza do objeto do contrato, além de um limite máximo de valor para os acréscimos e supressões (art. 65, §1º, da Lei 8.666/93).

Na mesma senda, para que as modificações sejam consideradas válidas, devem ser justificadas por escrito e previamente autorizadas pela autoridade competente para celebrar o contrato.

De igual modo, em qualquer caso, não pode ocorrer uma desnaturação do objeto contratado, uma modificação que importe em mudança abrupta do que fora inicialmente estabelecido. Veja-se o entendimento do Tribunal de Contas da União é que “não se admite modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, que importe alteração radical dos termos iniciais ou acarrete frustração aos princípios da isonomia e da obrigatoriedade de licitação, insculpidos na Lei de Licitações” [4], senão vejamos questão prática no excerto abaixo [5]:

2.Com relação à primeira questão, de pronto, há que se destacar que jamais foi afirmado no voto condutor da Decisão nº 1.575/2002-Plenário que os projetos básicos licitados pela Administração Pública não podem sofrer alteração ao longo de sua execução. É cediço que o art. 65, da Lei nº 8.666/93, expressamente prevê essa possibilidade, sob o

aspecto qualitativo e quantitativo, como bem restou esclarecido na Decisão nº 215/1999 - Plenário - TCU, citada pela SECEX/PB, podendo as alterações, inclusive, extrapolar os limites fixados na lei, desde que certos requisitos sejam preenchidos. Não obstante, as alterações devem ocorrer ao longo do contrato e em hipótese alguma pode descaracterizar o objeto inicialmente licitado.

3.Registre-se que não se questionou a oportunidade das alterações realizadas, não obstante a competência constitucional desta Corte para fazê-la, mas apenas e tão-somente que as modificações foram de tal monta que exigiria nova licitação. [...]

6.Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, p. 495), ao discorrer sobre o tema, orienta de forma apropriada que "como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia". [...].

7.Argumentando, questiono se seria razoável admitir que seja adjudicado a um certo licitante a compra de dez carros populares a um preço global de R\$ 230.000,00 e, posteriormente, se assine termo aditivo substituindo aqueles por seis automóveis de luxo, no valor total de R\$ 280.000,00, sob a alegação de que ambos são carros e que, dessa forma, não houve alteração do objeto e não foi ultrapassado o limite fixado no art. 65 multicitado. Tal procedimento além de ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, não assegura à administração o melhor preço, como exigido pelo art. 3º da Lei nº 8.666/93. Aliás, nem mesmo se pode falar em licitação, já que foi licitado um objeto e adquirido outro completamente

diferente, ainda que ambos tenham a mesma designação genérica.

8. Diante do exposto, não posso concordar com o raciocínio simplista de que a alteração realizada no projeto inicialmente licitado não ultrapassou o limite de 25% e, por isso mesmo, não existiu nenhuma ilegalidade. Muito menos posso concordar com os fundamentos apresentados pela SEMARH quando defende que "se uma barragem de terra, por exemplo, tem seu método construtivo alterado para uma de concreto compactado a rolo (CCR) não pode de modo algum afirmar que houve alteração do objeto". Por certo continuará sendo uma barragem, mas jamais poderá ser considerado o mesmo objeto licitado.

De outra banda, quando ocorrer acréscimos e supressões nos contratos, estes deverão ser considerados para fins de apuração de quanto poderá a relação contratual ser ainda acrescida. Não é viável, por seu turno, realizar compensação entre acréscimos e supressões com o objetivo de se atingir o limite legal. Assim, cada acréscimo e supressão deve ser considerado individualmente. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União<sup>[6]</sup> decidiu:

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal.

Por derradeiro, mas não menos importante, outra cautela que deve ter o Administrador, provando inclusive documentalmente no processo de aditivo contratual, é a demonstração da compatibilidade do preço cobrado com o praticado no mercado, posto que, ainda que seja uma alteração em um contrato já firmado, não é autorizado, por exemplo, que o Administrador faça aditivos economicamente desfavoráveis para a Administração Pública.

Dentro deste cenário delineado, é perceptível que as partes poderão alterar as condições firmadas no contrato, observados, todavia, os requisitos e cautelas acima citados, a fim de adequá-las para atender da melhor forma possível os interesses da Administração Pública, preservando sempre, todavia, o objeto contratual que não pode ser desnaturado.

### 3 AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS NA LEI 13.303/2016

As empresas estatais possuem um regramento próprio para regular, dentre outras matérias, suas licitações: o Estatuto jurídico das empresas estatais. O art. 173, parágrafo primeiro da Constituição Federal determina:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações



civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Por força da Constituição Federal, assim, o regramento das Empresas estatais não se confunde com a Lei 8.666/93. Tanto é verdade que foi editada a Lei 13.303/2016, a Lei das estatais, que possui diferenças da Lei geral de licitações.

Sobre contratos, uma distinção é que os contratos com as empresas estatais se regem por preceitos de direito privado, nos termos do art. 68 da Lei 13.303/2016, ao contrário dos contratos administrativos firmados sob a égide da Lei 8.666/93 que são regulados pelos preceitos de direito público.

Quanto à possibilidade de alteração do que foi pactuado, o art. 81 da Lei 13.303/2016 explicita as hipóteses de alteração e os requisitos que devem ser atendidos para a sua efetivação.

Uma inovação em relação à Lei 8.666/93 é que, por ser regida por preceitos privados, não há possibilidade de alterações unilaterais contratuais, por vontade exclusiva da empresa estatal, sendo necessário o acordo entre as partes para se dar início a alteração do que foi contratado.

Por sua vez, foi mantido inalterado, com alguns ajustes redacionais, os dispositivos legais atinentes: a) a previsão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; b) os limites para alterações contratuais; c) as consequências para a supressão de obras, bens ou serviços; d) a

possibilidade de revisão de preços, para mais ou para menos, em caso alteração tributária.

Por conta disso, é possível sustentar juridicamente a necessidade de, mesmo para as empresas estatais, a despeito de possuírem um regimento próprio, a necessidade de, em regra, por exemplo, se observar os limites legais de alterações contratuais e a impossibilidade de a alteração importar em uma modificação radical do objeto contratado.

#### 4 A INTERPRETAÇÃO DOS LIMITES PARA ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Como visto, tanto a Administração Pública direta e indireta, inclusive as empresas estatais que integram este último grupo, devem observar uma série de requisitos e procedimentos para se alterar um contrato, seja este regido pela Lei 8.666/93 como pela Lei 13.303/2016.

Não obstante as considerações traçadas nos capítulos anteriores, que devem ser observadas na maioria das situações de alterações contratuais, o direito não pode ser interpretado de maneira por demais rígida que leve a uma conclusão absurda e desarrazoada. A realidade prática, muitas vezes, refoge ao comando legal, à regra inicialmente estabelecida pelo legislador. Em situações da espécie, cabe ao interprete e ao aplicador do direito avaliar o caso concreto e buscar a melhor solução para o desate da questão.

Não é possível, em situações excepcionais, uma análise e interpretação puramente baseada na literalidade da lei, ao comando inicialmente pensado pelo legislador de maneira abstrata. De igual modo, a lei não é um fim em si mesma, pois toda norma tem uma finalidade útil a ser tutelada.

Nesta linha, é necessário expor as lições de Carlos Maximiliano<sup>[7]</sup> acerca da hermenêutica jurídica:

A exegese filológica atinge, apenas, o caso típico, principal; o núcleo, explícito, lúcido, é cercado por uma zona de transição; cabe ao intérprete ultrapassar esse limite para chegar ao campo circunvizinho, mais vasto, e rico de aplicações práticas. (...) porque a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexata; não raro, aplicados a um texto, lúcido à

primeira vista, outros elementos de interpretação, conduzem a resultado diverso do obtido com o só emprego filológico.

(...)

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Na mesma obra, o autor em questão ainda destaca os riscos da interpretação exclusivamente literal da letra da lei, que, no seu entendimento, pode resultar em formalismo ou engessamento que impede a função renovadora ou criadora necessária ao direito, destinada a aprimorar a lei, adaptando-a à realidade social, moral e econômica de seu tempo.

Outrossim, o interprete não pode ficar limitado a apenas um texto legal ou, pior, a partes do mesmo. Não é prudente, como diz o eminente jurista Eros Grau, analisar o direito em tiras, pois é necessário avaliar o ordenamento jurídico na sua integralidade<sup>[8]</sup>:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Destarte, o interprete não pode apenas realizar leitura rasa do texto legal, de maneira restritiva e alheia ao caso concreto, nem tampouco

desconsiderar todo ordenamento jurídico. Há situações em que o respeito aos comandos legais, na sua literalidade, são irrazoáveis e vão de encontro ao princípio constitucional da eficiência e da economicidade. Explica-se.

À guisa de exemplo, os limites legais impostos pela lei têm por *mens legis* (o propósito) manter os quantitativos levados à competição, pois, do contrário, um determinado licitante poderia, por exemplo, licitar um quantitativo de cem e contratar, posteriormente, por meio de sucessivos aditivos, mil itens de determinado objeto levado à competição. Uma diferença gritante de quantitativos, desta magnitude, deveras, poderia influir no preço e no interesse das empresas em fornecer um bem ou prestar um serviço.

No entanto, nem em todas as situações os limites impostos devem ser seguidos, nem mesmo as outras disposições legais, posto que vão ao encontro da economicidade e eficiência da contratação.

Pode-se ventilar uma contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, que demande uma alteração significativa, com mudanças grandes nos quantitativos e no projeto básico. Neste caso, como o contrato originário foi firmado diretamente, sem licitação, justificada a necessidade de alteração do contrato, ainda que a alteração pretendida não atendesse aos comandos legais, poderia se realizar um novo processo para contratação direta do mesmo prestador ou fornecedor.

Se ficar demonstrado a necessidade de alteração e justificado o preço pago, com a manutenção da economicidade da contratação, é despiendo a assinatura de um novo contrato se o contrato em curso puder ser alterado, ainda que não se observe plenamente os comandos legais, desde que os requisitos para a contratação direta ainda permaneçam hígidos.

Ainda que não se observe, portanto, os limites legais para a alteração do contrato, isto não acarretaria prejuízos a competição, isonomia ou vantajosidade do negócio contratual a ser firmado. Isto porque, no final das contas, o contrato seria feito com o mesmo fornecedor ou prestador de serviços. Ou seja, a formalização de um novo contrato em situações da espécie seria mera e odiosa formalidade que não se coadunaria com o princípio constitucional da eficiência.

Além disso, o Tribunal de Contas da União já entendeu possível, em caráter de exceção, a extrapolação do limite legal de vinte e cinco por cento do valor inicial do contrato mesmo quando este for firmado após uma licitação. Na Decisão nº 215/99-Plenário<sup>[9]</sup>, o aludido Tribunal elencou os requisitos que devem ser atendidos para a alteração em percentual acima dos limites estabelecidos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se (na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais), que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável para o contratante.

Assim, atendidas as condicionantes acima transcritas, é defensável juridicamente extrapolar o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) para alterações qualitativas.

Destarte, é seguro afirmar que a interpretação literal, que desagua na imposição, ao Administrador, de se realizar apenas atividades formais e burocráticas, não atende à eficiência e a economicidade buscada pelo ordenamento jurídico para as contratações públicas.

## 5 CONCLUSÕES

É certo que a legislação atinente à licitação e contratos, seja a Lei 8.666/93 como a Lei 13.303/2016, estabelece rigoroso limite para que a Administração altere as condições contratuais e formalize aditivos, em especial, aqueles que tenham o propósito de alterar seus objetos.

As alterações contratuais devem, em regra, observar as estritas hipóteses em que seria facultado alterar o objeto de seus contratos, estando essas modificações separadas em duas categorias: (i) qualitativas; e (ii) quantitativas.

Em regra, devem se observar os limites legais para acréscimos e supressões nos contratos, bem como a necessidade em de não se alterar de maneira significativa o seu objeto.

No entanto, há situações que viabilizam alterações contratuais mesmo que estas não se enquadrem totalmente nas hipóteses legais, como é o caso ocorrido na Decisão 215/99 – Plenário, do Tribunal de Contas da União.

De igual forma, em contratações diretas, é possível sustentar, também, alterações nos contratos, mesmo que não atendam plenamente o comando legal.

Em síntese, ainda que a maioria dos casos devam observar os requisitos para a alteração contratual, art. 65 da Lei 8.666/93 ou art. 81 da Lei 13.303/2016 a depender da entidade contratante, há situações que deve prevalecer o bom senso, como tudo em Direito, com a prevalência do atendimento dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade em detrimento da literalidade legal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União* – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU,

Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1428/2003 – Plenário*. Disponível em: . Acesso em: 11/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2819/2011 – Plenário*. Disponível em: . Acesso em: 12/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 215/1999 – Plenário*. Disponível em: <  
[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC\\_DC02151899P.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC02151899P.pdf)>. Acesso em: 12/04/2018.

BRASIL. *Zênite – Web Licitações e Contratos*. Licitação – Possibilidade de anulação ou revogação parcial. Perguntas e Respostas – 397/194/ABR/2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 112/113 e 166.

NOTAS:

---

[1] FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pág. 419.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1006.

[3] BRASIL. Zênite – Web Licitações e Contratos: Licitação – Possibilidade de anulação ou revogação parcial. Perguntas e Respostas – 397/194/ABR/2010.

[4] BRASIL. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1428/2003 – Plenário. Disponível em: . Acesso em: 11/04/2018.

[6] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2819/2011 – Plenário. Disponível em: . Acesso em: 12/04/2018.

[7] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 112/113 e 166.

[8] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2009, p. 23-60.

[9] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 215/1999 – Plenário. Disponível em: <  
[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC\\_DC02151899P.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC02151899P.pdf)>. Acesso em: 12/04/2018.



## TUTELA ANTECIPADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

**ALICE SANTOS VELOSO NEVES:** Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

**RESUMO:** O microsistema dos Juizados Especiais foi criado para possibilitar maior acesso à justiça para a população que almeja sua célere resposta em relação aos problemas considerados de pequeno vulto, tanto sob a perspectiva financeira quanto em relação a complexidade jurídica, que não conseguiram resolver na vida em sociedade. Sob a perspectiva da celeridade processual, entretanto, denota-se distante o intuito primordial dos Juizados, vez que a tramitação processual por vezes é tão ou mais lenta do que o da justiça comum. Fruto dessa visão pragmática de solução do problema ante a realidade posta percebe-se o surgimento de novos entendimentos para o almejado alcance dos preceitos dos Juizados Especial. Nesse contexto, discute-se a duração razoável do processo e a busca da celeridade processual nos Juizados Especiais Cíveis, refletindo-se a respeito do enunciado nº 130 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), o qual nega a concessão de tutela de urgência em caráter antecedente no microsistema dos Juizados.

**Palavras-chave:** Juizado Especial; Tutela de Urgência requeridos em caráter antecedente; Enunciado nº 130 FONAJE; Celeridade Processual; inafastabilidade da jurisdição.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Microsistema dos Juizados Especiais. 3. Juizados Especiais após novo Código de Processo Civil. 4. Tutela de Urgência requeridos em caráter antecedente. 5. Conclusão. Referências.

---

### 1. Introdução

Com o intuito de discussão a respeito do diálogo entre o microsistema dos Juizados Especiais e do Código de Processo Civil, buscase a solução sobre a possibilidade ou não de concessão de tutela de urgência em caráter antecedente nos Juizados Especiais.

O processo no sistema dos juizados especiais orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.099/95.

E nesse sentido foi editado o enunciado nº163 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE): *Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303 a 310 do CPC/2015, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais* (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG).

O enunciado acima de certa forma contraria dispositivos constitucionais e processuais gerais e até mesmo anteriores enunciados. Nesse sentido, o artigo pretende discutir a finalidade desse enunciado e suas possíveis consequências.

## **2. Microsistema dos Juizados Especiais**

Os Juizados Especiais Cíveis são órgãos do Poder Judiciário e foram criados para amenizar o volume de processos, possibilitar maior acesso da população à justiça e servem para resolver uma demanda reprimida e diminuir os efeitos gerados de uma litigiosidade contida.

Há o intuito de facilitar ao cidadão comum o acesso rápido à jurisdição, nas denominadas pequenas demandas, a possibilitar maior agilidade, em tempo razoável, de forma mais simples e sempre almejando o consenso entre as partes.

Ademais, a necessidade de representação por advogado só é devida na via recursal ordinária para a Turma Julgadora, que é também restrita, existindo possibilidade de apresentação apenas de um recurso para esse órgão superior, nos termos do parágrafo segundo do art. 41 da Lei nº 9.099/95.

Os princípios dos juizados especiais são, em realidade, o principal foco de interesse da processualística moderna, com bem enfatiza Xavier (2016). A Lei nº 9.099/95 instituiu os juizados especiais de pequenas causas,

a partir da experiência americana nos denominados *Small Claims Courts* do sistema norte-americano.

Segundo Xavier (2016, p. 8 *apud* BULOS, 2011, p. 1369) a criação dos juizados especiais partiu de uma tentativa de criação de nova mentalidade que está sendo introduzida paulatinamente, *vem se implantando aos poucos*.

Nossa constituição cidadã impõe a criação dessas cortes especiais, conforme disposto em seu art. 98:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Como descrito na carta magna a ideia precursora da criação dos juizados especiais é a de possibilitar o verdadeiro acesso à justiça para a promoção com maior celeridade com o fito de deslinde de ações denominadas pela doutrina e própria descrição normativa *de causas cíveis de menor complexidade julgamento e infrações penais de menor potencial ofensivo*.

Diante do dispositivo constitucional denota-se que o legislador infraconstitucional restou vinculado a criar órgãos e procedimentos jurisdicionais diferenciados para permitir o acesso dos economicamente menos favorecidos à justiça (XAVIER, 2016, p. 8 *apud* MARINONI, 2008, p. 79).

Xavier (2016, p. 08) ainda complementa que o microsistema dos juizados especiais indicaram uma ruptura total com o modelo jurídico à época de sua criação, pois enfatizaram a composição amigável dos conflitos intersubjetivos, *resgatando a simplicidade, celeridade, informalidade, economia processual e oralidade, erigidos como princípios norteadores da*

*atividade jurisdicional, constituindo assim, um divisor de águas no processo civil.*

### **3. Juizados Especiais após novo Código de Processo Civil.**

Percebe-se que o intuito da criação dos juizados foi excelente, tanto é que foi afrente ao seu tempo e possibilitou um novo pensar ao direito processual, que a partir da introdução no novo código de processo civil, recheado de preceitos constitucionais, também valoriza a busca da efetividade processual, da solução consensual dos conflitos, a partir de mecanismos alternativos, e aprimoramento da prestação jurisdicional.

Nesse novo direito processual restam dúvidas de qual a extensão do microsistema dos juizados especiais e se o princípio da especialidade enaltece entendimentos tidos como doutrinários como a do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) a ponto de evitar a aplicação das regras gerais descritas no Código de Processo Civil.

#### **A evitar dúvidas o próprio FONAJE publicou o enunciado nº 161:**

*"ENUNCIADO 161 - Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da [lei 9.099/95](#)."*

**Entretanto entende-se que este enunciado não resolve o problema posto, como bem enfatiza o procurador Fernando Salzer e Silva ao destacar que os enunciados do FONAJE devem ser analisados e interpretados com cautela, vez que possuem natureza de mera recomendação doutrinária, não tendo nenhum conteúdo vinculante, pois são unilaterais, não apresentam contraditório e são dotados de boa dose de parcialidade e viés um tanto corporativista, no encontro anual dos Juízes que atuam no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais.**

Os princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, insertos no art. 2º da lei 9.099/95, também agora são norteadores do novo processo civil, descrito na Lei nº 13.105/2015. Assim, a aplicação de entendimentos do FONAJE não tem o condão de afastar as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. *Havendo*

*conflito entre tais princípios e garantias, realizada a ponderação entre eles, deverá sempre prevalecer a interpretação que dá maior efetividade às garantias constitucionais em detrimento até mesmo da aplicação dos mencionados princípios legais (SILVA, 2017).*

Ante a nova visão do processo civil temos que a garantia constitucional do devido processo legal deve prevalecer frente a imposições de enunciados do FONAJE, devendo o magistrado que se encontrar em algum conflito que possa levantar dúvidas frente a atual legislação processual civil, dispor em sua decisão os motivos de seu entendimento, sob pena de nulidade da decisão, conforme previsto no art. 489, §1º, VI e §2º do CPC.

#### **4. Tutela de Urgência requeridos em caráter antecedente nos Juizados Especiais**

A partir da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil nova sistemática e divisão surgiu em relação tutelas de urgência, havendo inserção de inéditas regras com apresentação de teses consolidadas na doutrina e jurisprudência.

FLEXA; MACEDO; BASTOS (2015, p. 222 e 223) abordam uma lista de mudanças em relação ao tema, indicando na forma sintetizada abaixo relacionada:

- a) Houve a sistematização das tutelas de urgência a partir do atual CPC, que trouxe como gênero a Tutela Provisória, reunidas em um só livro para facilitar estudo e subdivididas em tutela de urgência e tutela de evidência, as quais podem ser antecedentes ou incidentais.
- b) O processo autônomo cautelar, assim como as medidas cautelares típicas ou nominadas deixam de existir, sendo agora requeridas no bojo do processo, podendo trazer nova relação jurídica, como a antiga ação cautelar incidental.
- c) Não há mais a previsão expressa de fungibilidade entre as tutelas de urgência. A sistematização das medidas estão mais bem definidas.

O procedimento da tutela antecipada antecedente é tratado ao longo dos artigos 303 e 304 do atual CPC:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do [art. 334](#);

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do [art. 335](#).

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda

da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

A concessão da tutela provisória de segurança exige a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. FLEXA; MACEDO; BASTOS (2015, p. 239) ensinam que o *fumus boni iuris* agora é representado pela necessidade da exposição da lide e do direito que se busca realizar, não sendo mais exigido a prova inequívoca da

verossimilhança da alegação, se contentando com a mera exposição do direito material da parte.

Continuam esclarecendo que o *periculum in mora* é representado pelo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não sendo mais exigido a demonstração de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

No sistema dos Juizados Especiais percebe-se que são rotineiros os pedidos de tutelas, tendo o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) se manifestado por meio de alguns enunciados para pacificação de questões:

ENUNCIADO 22 – A multa cominatória é cabível desde o descumprimento da tutela antecipada, nos casos dos incisos V e VI, do art 52, da Lei 9.099/1995.

ENUNCIADO 26 – São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis (nova redação – XXIV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 120 – A multa derivada de descumprimento de antecipação de tutela é passível de execução mesmo antes do trânsito em julgado da sentença (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 163 - Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303 a 310 do CPC/2015, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG).

Da apresentação dos enunciados acima resta evidente a alteração de entendimentos entre os três primeiros mencionados enunciados e o último, que se seguido a risca, em outras palavras determina o indeferimento de tutelas de urgências requeridas em caráter antecedente nos Juizados Especiais, por incompatibilidade aos princípios da celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual, descritos no art. 2º da lei 9.099/95.

No conflito de normas a regra processual geral, ditada no código de processo civil só não será aplicada quando contrariar dispositivo expresso do microsistema analisado.

Acredita-se muito abrangente o entendimento externado pelo enunciado nº 163 do FONAJE, de que *os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303*



a 310 do CPC/2015, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais eis que o próprio Código de Processo Civil atual possui semelhantes preceitos aos dos juizados, como acima mencionado.

Aliás, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais é possível, sendo inclusive prevista no art. 27 da Lei nº 12.153/09 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 3º da Lei nº 12.153/09 também apresenta que *o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.*

## 6. Conclusão

O aprimoramento dos instrumentos existentes com o fito de otimizar os processos judiciais, de dar maior concretude ao deslinde processual, com vistas aos princípios da celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual, descritos no art. 2º da lei 9.099/95 não podem se olvidar do devido processo legal e da proteção do cidadão que busca o fácil acesso a jurisdição.

As tutelas antecipadas, por mais que sejam modalidade de tutela jurisdicional, são consideradas como técnicas decisórias para antecipar os efeitos práticos do provimento jurisdicional final, isto é, a tutela jurisdicional definitiva como ensinam FLEXA; MACEDO; BASTOS (2015, p. 223).

Dessa forma, após as dilações acima expostas conclui-se que as tutelas antecipadas antecedentes, previstas no art. 303 do Código de Processo Civil prevalecem sobre a dicção do Enunciado nº163 do FONAJE. Assim, quando se **apresentar probabilidade do direito alegado aliado a demonstração de urgência**, possível é a concessão liminar do pedido requerido pela parte no âmbito dos Juizados Especiais.

Entendimento diverso, na forma exposta no enunciado nº163 do FONAJE fere premissa intrínseca a garantia processual, com violação constitucional de inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da CF.

Celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual enfaticamente não podem retirar direitos, sendo inclusive preocupante a edição do Enunciado nº 163 do FONAJE, pois representa o pensamento de juízes que ou se conformaram com a lentidão dos Juizados

Especiais e sua ineficiência ou não querem imprimir procedimento realmente unos, com oralidade e outros instrumentos que efetivamente podem possibilitar a duração razoável do processo nesses microsistemas.

### Referências

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)> Acesso em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.1253, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)> Acesso em: 25 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em 06 Jun. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. I, Salvador: *Jus PODIVM*, 2015.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1980, p.9-49.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Temas inéditos, mudanças e supressões. Salvador: *Jus PODIVM*, 2015.

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil**. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. Salvador: *Jus PODIVM*, 2016.

SILVA, Fernando Salzer. **Juizados especiais - obrigatoriedade de observância pelos juízes das teses firmadas pelo STJ no julgamento de recurso especial repetitivo.** Capturado em: <  
[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259632,41046-  
Juizados+especiais+obrigatoriedade+de+observancia+pelos+juizes+das](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259632,41046-Juizados+especiais+obrigatoriedade+de+observancia+pelos+juizes+das)>  
Acesso em 20 Jul. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

XAVIER, Cláudio Antônio de Carvalho. **Juizados Especiais e o Novo CPC.** Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 7-22, set./dez. 2016.

## "O COBERTOR É MESMO TÃO CURTO COMO SE PROPAGA POR AI?"

**FELIPE DE SOUSA MENEZES:** Pós-graduando em Direito do Estado pela UERJ (2018-); Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial na UCAM-RJ (2010); Graduado em Direito pela UCAM-RJ (2008).

**RESUMO:** O presente trabalho tem como finalidade apresentar uma visão crítica sobre o descriterioso uso expressão "cobertor curto" para justificar a ausência de políticas públicas em determinados setores. Tem-se percebido que, em muitas das vezes, a expressão é utilizada como forma de dissimular as verdadeiras causas do não atendimento do interesse público: ineficiência estatal; falta de vontade política pura e simples; e corrupção.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito administrativo. Políticas Públicas. Princípio da eficiência. Corrupção.

**SUMÁRIO:** Introdução; Corrigindo a míope utilização da expressão; Conclusão

---

### Introdução

Não é de hoje que a doutrina utiliza a expressão "o cobertor é curto"<sup>[1]</sup> para justificar a impossibilidade do atendimento de muitos direitos reclamados pela sociedade em razão de uma alegada escassez de recursos. No entanto, é perceptível que tal expressão é utilizada quase que como um coringa na manga para justificar, na verdade, políticas públicas desinteressadas ou a conhecida ineficiência estatal.

Não se quer defender a tese de que o "cobertor é gigante" e que o Estado deveria proporcionar aos cidadãos todas as comodidades almeçadas, sob a ilusória crença de que o "dinheiro dá em árvores". Tem-se a convicção de que, em sistema de trocas como o capitalista, os recursos são efetiva e numericamente limitados, não havendo bem que seja infindável, por mais abundante que seja na natureza<sup>[2]</sup>.

Concorda-se, sim, quando é afirmado que “as decisões precisam ser eficientes e considerar elementos externos ao direito para a efetiva proteção dos direitos em jogo”<sup>[3]</sup>, mas acredita-se também que a mesma premissa argumentativa deve ser considerada pelo Administrador antes de alegar uma indiscutida pequenez do “cobertor” para negar direitos fundamentais ou cedê-los de outra forma menos eficiente do que a esperada.

### **Corrigindo a míope utilização da expressão**

Diante da elevada carga tributária imposta à população por todas as esferas de governo, tem-se que o ligeiro argumento de que o “o cobertor é curto” acaba não convencendo quanto à impossibilidade de Municípios, Estados e União entregarem serviços públicos adequados e eficientes à comunidade brasileira.

Um recente exemplo na história brasileira que pode ser usado como subsídio para o que aqui se defende é a ocorrência de vultuosos eventos esportivos nos anos de 2013, 2014 e 2016, respectivamente, Copa das Confederações FIFA, Copa do Mundo FIFA e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos.

Não é incomum ser “agredido” por notícias que revelam que muitas obras que foram iniciadas em função dos referidos eventos e que dragaram uma quantidade assustadora de recursos públicos encontram-se inacabadas até hoje<sup>[4]</sup>, sem qualquer notícia de que serão um dia entregues à população, mas com uma comunidade política absolutamente apática, preocupada tão somente com as próximas eleições. Não será espantoso se, nas próximas eleições, surgirem candidatos que explorem essa questão apenas com a finalidade de ganhar votos.

Com esse simples e impactante, mas não único, exemplo, pode-se aferir que ainda que tenham sido gastos mais de R\$ 25,5 bilhões com a Copa do Mundo no Brasil<sup>[5]</sup>, essa vultuosa quantia não foi suficiente para entregar tudo pronto, acabado e em perfeitas condições de uso pela população brasileira. Isso sem contar com os equipamentos públicos que estão inoperantes<sup>[6]</sup> ou deixaram de existir pela incompetência dos seus

construtores, como no caso do viaduto que desabou na cidade de Belo Horizonte (MG)[7]. Um perfeito caso de que foi usado um “cobertor gigante”, mas a ineficiência estatal impediu que melhores resultados fossem gerados.

A corrupção, tema que tem aparecido os jornais com frequência maior do que as notícias do tempo, também é um claro caso de que o “coberto” pode até ser “curto”, mas não é do pequenino tamanho que se tenta pregar quando o argumento é convenientemente utilizado.

Ainda que não exista um cálculo que estratifique com precisão o *quantum* que é subtraído dos cofres públicos (há quem tente)[8], é inegável que, diante de tantas descobertas de esquemas corruptos, a conclusão é uma só: muito, mas muito dinheiro público é esbulhado por criminosos que ocupam os mais elevados cargos na Administração Pública brasileira.

Não é por outro motivo que, infelizmente, segundo o Índice de Percepção da Corrupção 2017, gerado pela Transparência Internacional, o Brasil caiu da 79ª para a 96ª posição no ranking mundial[9], ficando atrás de países como Guiana, Sri Lanka, Timor Leste, Marrocos, Suriname, Burkina Faso, Namíbia, Ruanda, Arábia Saudita, São Tomé e Príncipe, entre outros.

Lamentavelmente, ainda que o Brasil ocupe a nona posição na lista de maiores economias do mundo[10], percebe-se que o seu poder de gerar renda e trocas comerciais é revertido em prol da sua população, por meio de eficientes serviços públicos, sendo diariamente extorquida pela alta carga tributária[11]. Segundo estudos da FIRJAN, em 2016, a carga tributária incidente sobre o setor de indústria de informação chegou a 44,8% do total arrecadado. O Estado acaba sendo o sócio mais inoperante que se tem notícia no ramo empresarial: leva quase metade do arrecadado e pouco devolve à população.

## **Conclusão**

Assim, para bem longe de desmerecer qualquer trabalho acadêmico que cite a expressão “o cobertor é curto” para justificar impossibilidades financeiras do Estado, o que se pretende é o uso crítico e

cuidadoso da expressão, já que, exemplos não faltam para revelar que, quando é politicamente conveniente, há recursos para tirar projetos do papel. Logo, vê-se que o “cobertor” só é “curto” quando convém.

Então, com o cuidado de que se deve ter para que a expressão não seja usada como uma falácia vazia e inespecífica, caindo quase que numa “petição de princípio”<sup>[12]</sup>, propõe-se o seu uso responsável. Com a difusão dos meios de informação, a população tem encontrado muitas formas de chegar a informações que, no mínimo, colocam em xeque o discurso de que não há dinheiro.

A impressão que se fica é que: há dinheiro (e muito), sim, mas ele é usado de forma ineficiente e, em muitas oportunidades, tem parcela considerável glosada pelos corruptos. Em outras palavras, o “cobertor” pode até não ser tão grande para “esquentar” tudo aquilo que é infligido pelo “frio”, mas ele está muito longe de ser pequeno quando convenientemente interessa sugerir, sendo usado apenas de forma ineficiente e para “esquentar” interesses pessoais espúrios.

NOTAS:

[1] CYRINO. André Rodrigues. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: Interdisciplinaridade, análise econômica e método no direito administrativo brasileiro. P. 7.

[2] <https://nacoesunidas.org/escassez-de-agua-pode-limitar-crescimento-economico-nas-proximas-decadas-diz-onu/>

[3] CYRINO. André Rodrigues. Op. Cit. P. 7.

[4] <https://g1.globo.com/economia/noticia/quatro-anos-depois-ainda-ha-obras-prometidas-para-copa-no-brasil-inacabadas-em-11-das-12-cidades-sede.ghtml>

[5] <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/tcu-contabiliza-r-255-bilhoes-de-gastos-com-copa-do-mundo>

[6] <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40226673>

[7] <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/07/viaduto-desaba-sobre-caminhoes-carro-e-micro-onibus-em-bh.html>

[8] <https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>

[9] <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>

[10] <http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/o-ipri/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>

[11] <https://www.valor.com.br/brasil/5377687/carga-tributaria-sobe-e-atinge-336-do-pib>

[12] Adota-se como conceito de “Petição de princípio” a noção de que se trata de figura de sofística que consiste em dar implicitamente por demonstrado aquilo mesmo que se pretende demonstrar. SCHOPENHAUER. Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. P.152



## O LIMITE TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

**GABRIEL FERNANDES CALDEIRA QUEIROGA:**

Acadêmico de direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

**Resumo:** A medida de segurança constitui uma espécie de sanção penal imposta pelo Estado. Sendo o Brasil um Estado Constitucional Democrático de Direito, devem ser observadas na aplicação da medida de segurança as mesmas garantias e princípios constitucionais que fundamentam a aplicação da sanção pena. O princípio da proporcionalidade busca corresponder a pena ao delito praticado, no caso concreto. Esta não deve ser tão branda que estimule a vingança privada, nem tão severa que ultrapasse o limite da culpabilidade do agente pelo fato. O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da medida de segurança sob o aspecto do estado democrático de direito. Realizando a revisão bibliográfica sobre o tema e aprofundando o estudo sobre a importância desse instituto à sociedade e ao sujeito a quem é imposta a medida. O método utilizado será o hipotético-indutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisado o instituto em face do princípio constitucional de liberdade. Para o desenvolvimento da análise serão utilizadas técnicas de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** Medida de Segurança. Limite temporal. Princípio da legalidade

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Princípio constitucional da medida de segurança; 2.2. Princípio da legalidade; 3. Conclusão; 4. Referências

---

### 1. INTRODUÇÃO

A medida de segurança é uma providência do Estado, fundamentada no *jus puniendi*, imposta ao agente inimputável ou semi-imputável que pratica um fato típico e ilícito, com base no grau de periculosidade do mesmo.

Medida de segurança é toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um fato ilícito típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua periculosidade e visa finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de ressocialização.

## **2. Desenvolvimento**

A finalidade da medida de segurança seria a adequada reintegração social de um indivíduo considerado perigoso para a própria sociedade. O Código Penal Brasileiro de 1940 instituiu e sistematizou a aplicação da medida de segurança. No seu início, foi adotado o sistema duplo binário (pena + medida de segurança), onde a medida de segurança poderia ser aplicada em concomitância com a pena. Comenta a respeito Eduardo Reale Ferrari:

Divididas em detentivas ou não detentivas, as medidas de segurança classificavam-se como pessoais, conforme a gravidade do crime, bem como a periculosidade do agente, admitindo-se, outrossim, medidas de natureza patrimoniais, das quais exemplos constituíram o confisco, a interdição de estabelecimento e a interdição de sede de sociedade ou associação (art. 100). (FERRARI.2001,p.35)

Tratava-se, assim, de uma resposta penal justificada pela periculosidade social, punindo o indivíduo não pelo que ele fez, mas pelo que ele era.

Em 1969, por meio do Decreto-lei 1.004, o anteprojeto criminal inicial de Nelson Hungria foi convertido em lei penal. O Código de 1969 classificou as medidas de segurança em detentivas e não detentivas, acrescentando a estas últimas a interdição do exercício da profissão e a cassação de licença para direção de veículos motorizados (art. 87).

No entanto, o mais importante deste Código foi a adoção do sistema vicariante com respeito à aplicação da medida de segurança, proibindo-se a cumulação das sanções detentivas (pena + medida de segurança). Se, na análise do caso concreto, restasse comprovada a imputabilidade do agente, aplicar-se-ia a pena, como sanção. Caso o mesmo fosse considerado absolutamente inimputável, seria aplicada a medida de segurança.

Configurado semi-imputável, o juiz optaria entre a aplicação da pena ou da medida de segurança, de acordo com o caso. Portanto, enquanto o fundamento para a aplicação da pena é a culpabilidade, a medida de segurança encontra embasamento na periculosidade aliada à inimputabilidade (ou semi-imputabilidade) do indivíduo.

Quatro são as diferenças principais entre a pena e a medida de segurança:

- a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva.
- b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade.
- c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.

### **2.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA**

A medida de segurança constitui uma espécie de sanção penal imposta pelo Estado. Sendo o Brasil um Estado Constitucional Democrático de Direito, devem ser observadas na aplicação da medida de segurança as mesmas garantias e princípios constitucionais que fundamentam a aplicação da sanção pena. A esse respeito preceitua Cezar Roberto Bittencourt:

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena regem também as medidas de segurança. (BITENCOURT.2003,p.681)

Eduardo Reale Ferrari, citando Luiz Flávio Gomes, estabelece:

Luiz Flávio Gomes afirma que penas e medidas de segurança criminais constituem formas de controle social, devendo ambas ser obviamente limitadas e regulamentadas. Constituem formas de invasão do Poder Estatal na liberdade do homem, sendo que todos os instrumentos garantidores inseridos na Constituição Federal de 1988 valem automaticamente para o inimputável e para o semi-imputável sujeito a tratamento, não podendo o operador do direito renunciar à análise dos princípios constitucionais norteadores a qualquer espécie de sanção penal. (GOMES apud FERRARI. 2001,p.91)

## **2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade, considerado o mais importante para o direito penal, no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se inscrito no art. 2º do Código Penal e art. 5º, inc. XXXIX da CF/88. Explica a respeito Eduardo Reale Ferrari:

O princípio da legalidade consiste numa rígida limitação ao *jus puniendi* estatal, configurando-se exigência da lei formal uma garantia indispensável à conservação dos valores do Estado Democrático de Direito. Espécie de sanção, a medida de segurança criminal priva ou restringe bens jurídicos individuais, constituindo imperiosa obediência ao princípio da legalidade, evitando que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei. (FERRARI. 2001, p.93)

Consoante ao princípio da legalidade entende-se inconstitucional a aplicação indefinida da medida de segurança, sem limite temporal máximo predefinido. Apesar de não ser expressamente descrito no Código Penal Brasileiro, busca-se atualmente a aplicação de um limite máximo para a medida de segurança análogo ao da pena máxima cominada em abstrato ao delito.

O [Código Penal](#) prevê em seu art. [97](#), parágrafo primeiro, o prazo de duração das medidas de segurança:

Art.97 (...)

§1º

A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

De acordo com o sistema atual, a sentença que aplica a medida de segurança deve, obrigatoriamente, fixar prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, sendo este entre 01 (um) a 03 (três) anos. Este prazo mínimo é destinado à realização de exames para análise da cessação da periculosidade. Tal exame deve ser realizado ao término do prazo mínimo fixado em sentença, devendo ser repetida de ano em ano ou a qualquer tempo, caso o juiz da execução assim determinar. Para haver a desinternação ou liberação, somente pode ocorrer quando for restabelecida a situação anterior do agente, ou seja, ocorre quando cessa a periculosidade, mantendo-se em liberdade vigiada por mais um ano, para se assegurar de que não ocorrerá reincidência.

A lei diz que o juiz pode, em casos excepcionais, determinar a antecipação do exame de cessação da periculosidade, mesmo sem ter cumprido o prazo mínimo, atendendo ao pedido fundamentado do Ministério Público, do interessado, seu procurador ou defensor público (art. 176 da [Lei de Execuções Penais](#)). A cessação da anomalia pode ocorrer a qualquer tempo, de modo que a fixação do prazo mínimo deve ser afastada, não sendo a prevenção geral positiva fundamento para manter a segregação quando cessada a periculosidade, porquanto não é finalidade principal das medidas de segurança. Muitos doutrinadores criticam o fato daqueles submetidos à medida de segurança terem sua alta baseada na periculosidade e não em sua recuperação.

Paulo Jacobina é contra o modelo da forma em que é aplicado:

Da forma como está prevista no nosso direito atualmente, ela (a medida de segurança) seria um tratamento cuja alta não se daria em razão pura e simples da recuperação do paciente, mas pela sua submissão à perícia de cessação de periculosidade

periódica, submetida ao juiz, que passaria, sem ser médico, a ter o poder clínico de considerar o paciente curado, mesmo quando a própria ciência discute se é possível falar em cura da loucura. (JACOBINA. 2008, p. 133)

O que se vê, em verdade, nas medidas de segurança é que caso a periculosidade persista, o paciente continua internado. Muito se discute sobre a constitucionalidade desta falta de limitação máxima de prazo. A ausência de limites máximos e a obrigatoriedade dos limites mínimos são baseados em dois argumentos: a diferença entre enfermos mentais e condenados imputáveis e o perigo que o destinatário da medida de segurança oferece a sociedade.

De acordo com a [Constituição Federal](#), em seu art. 5º, XLVII, b, é proibida a pena de caráter perpétuo no Brasil. Apesar da medida de segurança não estar contemplada no rol de penas previsto pelo [Código Penal](#), entende-se que a medida de segurança é uma espécie de pena, pois se trata de uma privação ou restrição da liberdade face ao crime cometido pelo inimputável ou semi-imputável.

A maioria dos doutrinadores que entende ser inconstitucional a falta de fixação de prazo máximo, são favoráveis para que as medidas de segurança sejam guiadas pelo limite máximo previsto no [CP](#), que é de 30 anos ou no prazo máximo atribuído ao delito que fora cometido.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado contrário a internação "perpétua":

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI [10.216/2001](#). APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1.

A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. (...) 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” fora do âmbito do IPF. (STF. HABEAS CORPUS N.100.383. RELATOR: FUX, LUIS. PUBLICADO NO DJE DE 04-11-2011).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança não pode ultrapassar a pena cominada ao ilícito ou o prazo máximo previsto no art. 75 do CP:

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A [Constituição Federal](#) veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à

luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento. (STJ. HABEAS CORPUS N. 167.136. RELATOR: MOURA, MARIA THEREZA DE ASSIS. PUBLICADO NO DJE DE 10-05-2013).

### 3. CONCLUSÃO

Deve o Estado tentar tanto quanto for possível tratar esses indivíduos considerados inimputáveis, respeitando seus direitos e garantias fundamentais. A medida de segurança além de tolher a liberdade visa o tratamento, isto é, reverter na medida do possível estados sérios de indivíduos considerados inaptos ao convívio social.

Portanto, a intervenção estatal deve ser limitada, devendo ser estendido às medidas de segurança o conteúdo garantidor peculiar às penas, porquanto não pode o enfermo mental delinquente ser considerado que da pior condição que o delinquente mentalmente são, em nome do princípio da igualdade. Ademais, a reincidência não é motivo impeditivo da imposição de limites máximos, porquanto evidente o elevado percentual de reincidência entre os imputáveis.

Logo, deve ser fixado um limite temporal máximo para as medidas de segurança, para que esta não se configure como uma pena de caráter perpétuo.

### 4. Referências

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – 17. ed. São Paulo: Saraiva 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.383. Relator: FUX, Luis. Publicado no DJe de 04-11-2011. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20759599/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-100383-ap-stf>. Acessado em 05-07-2018.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 167.136. Relator: MOURA, Maria Thereza de Assis. Publicado no DJe de 10-05-2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23171698/habeas-corpus-hc-167136-df-2010-0055136-5-stj>. Acessado em 05-07-2018.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no estado democrático de direito**. Editora dos Tribunais, São Paulo, 2001.

GOMES, Luis Flávio. **Duração das Medidas de Segurança e seus limites**. Artigos de Revista. RT nº 663. 1993.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado** / Rogério Greco. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## **ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À ODONTOPEDIATRIA**

**TAYSE GLEYSE DE JESUS PEREIRA:**

Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Guanambi - FG/CESG.

**RESUMO:** Este é um estudo de teor científico acadêmico. Assim, tem-se por base a análise da responsabilidade civil na odontologia, mais especificamente na odontopediatria, para com seu paciente/cliente, destacando sua conceitualização, características atuais e históricas do juízo de responsabilidade civil no Brasil e, bem como exposição de situações vivenciadas em meio a profissão de cirurgião-dentista pediatra. Para tanto, foi realizado uma revisão de literatura a respeito da responsabilidade civil, das características jurídicas da profissão de odontopediatra e dos códigos legais que pontuam as responsabilidades da profissão, por meio de livros e artigos científicos. Em soma, este estudo foi moldado de modo a ter um teor qualitativo, tendo a exposição da legislação vigente sobre o caráter jurídico da responsabilidade odontopediátrica. Ao fim, constatou-se a obrigatoriedade, por parte do profissional em questão, de possuir o conhecimento técnico e científico para exercer a profissão adequadamente, dentro dos limites éticos que a profissão lhe impõe, tendo sempre a consciência de que seu trabalho tem a função de estabelecer a saúde bucal dos seus pacientes e não de causar-lhe danos e transtornos.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil; odontólogo; odontopediatra; direito.

### **1. INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos houve um grande aumento nas situações em que os pacientes, nos diversos meios de atendimento em saúde, sentindo-se prejudicados de alguma forma, por ocasião de um tratamento, por conseguinte fazem uso da via judicial para ressarcirem-se de um dano que julgam ter sofrido. Tal fato se enquadra também na Odontopediatria, sendo o cirurgião-dentista alvo de processos judiciais, no terreno da responsabilidade civil, para que indenize o paciente de uma lesão,

patrimonial ou extra-patrimonial, da qual ele julga ser vítima em virtude de um tratamento odontológico.

O trabalho possui um enfoque sistemático, com base na atração dos tribunais, perante a situação do cirurgião-dentista de ressarcir, ou não, um paciente de eventual dano que tenha sofrido em consequência da sua atuação profissional.

Responsabilidade civil significa recomposição, é uma obrigação do agente causador do dano de repará-lo, visando restabelecer o equilíbrio afetado pelo dano através da indenização pecuniária. Nas palavras de Noronha (2003, p. 484), a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos resultantes da violação do ordenamento jurídico.

Segundo Silva (2007, p. 7), “a responsabilidade civil guarda em si um sentimento social e humano, que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão”.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 927, preceitua que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, comete ato ilícito quem violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, nos termos do artigo 186 do mesmo diploma legal. Havendo uma relação de causalidade entre o mal sofrido e o fato que o causou/gerou, a pessoa que praticou esse ato está sujeita a repará-lo (Minervino; Souza, 2004, p. 93).

Assim, para restar caracterizada a responsabilidade civil, faz-se necessária a verificação de três pressupostos gerais: a ação ou violação a um direito, o dano, seja ele material ou moral, e o nexo de causalidade entre a ação e o dano (Silva, 2007, p. 59).

Desse modo, pode-se dizer que a responsabilidade civil consiste em um juízo de imputação civil, sendo uma obrigação de reparar os danos causados a outrem.

## **2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

Para que haja a responsabilidade subjetiva, é necessária a verificação e comprovação da culpa em qualquer de suas modalidades, e a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito.

A culpa possui três modalidades, que são a imperícia, a imprudência e a negligência. Rodrigues et al. (2012, p. 125-126) muito bem as explica: “Imperícia é a falta de habilidade para praticar determinados atos que exigem certo conhecimento. É a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imastria na arte ou profissão. Imprudência, por sua vez, consiste na precipitação, na falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato. [...] Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam a agir com atenção, com capacidade, solicitude e discernimento”.

O agente, na responsabilidade subjetiva, deve agir com vontade própria e consciência. Nas palavras de Cavalieri Filho (2013, p. 16), “a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva”.

Já a responsabilidade objetiva, tratada por alguns autores como responsabilidade legal, não exige a comprovação da culpa, basta apenas a existência do dano e do nexo de causalidade. Para Konrad; Konrad (2015, p. 26), a responsabilidade objetiva justifica-se pelo risco da atividade desenvolvida; constitui uma atividade lícita que causa risco de dano a outrem.

Esta responsabilidade é imposta por lei a certas pessoas e em determinadas situações. A responsabilidade do odontopediatra é subjetiva, ou seja, há a necessidade da existência e da comprovação de culpa.

### **3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

A responsabilidade contratual, também chamada responsabilidade *ex delicto*, é caracterizada pela verificação de uma relação jurídica pré-existente entre as partes, que se dá por força de um contrato. A partir da inexecução do contrato, seja parcial ou total, tem-se o dano e daí surge o dever de indenização.

Como diz Silva (2012, p. 200), na responsabilidade contratual as obrigações são preestabelecidas entre as partes, tendo em vista a existência de um contrato anterior entre as mesmas.

Para Konrad; Konrad (2013, p. 24), o agente causa o dano em virtude do descumprimento de uma obrigação assumida, razão pela qual o prejuízo é decorrente das relações contratuais. Ainda segundo o autor, quanto ao ônus da prova, cabe ao credor provar que a obrigação não foi cumprida e ao devedor, que o inadimplemento não foi culposos.

Já na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, não há uma relação anterior entre as partes. Aquele que age em contrariedade ao ordenamento jurídico praticando um ato ilícito é que comete o dano, e a partir daí decorre a responsabilidade civil, ensejando uma possível indenização.

A lesão, nessa modalidade de responsabilidade civil, é advinda de uma relação extracontratual, e o dever de indenizar surge de uma lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima exista qualquer relação jurídica (Konrad; Konrad, 2013, p. 24).

No tocante ao ônus da prova da responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado/vítima demonstrar a culpa do causador do dano.

Com isso, o contexto histórico e político atual, sob a ótica de Pereira (2013) a Odontologia brasileira passa por um momento de transição. Se antes da década de 1980, existia uma prestação de serviço odontológico infantil no qual o vínculo de confiança do cliente.

#### **4. CARACTERES DA RESPONSABILIDADE ODONTOLÓGICA**

Em relação aos aspectos específicos da Responsabilidade Civil do Dentista e sua natureza equiparada com a responsabilidade medica pode-se expor:

A responsabilidade civil do cirurgião-dentista está vinculada a uma relação obrigacional (Minervino; Souza, 2013, p. 92), já que o profissional deve responder pelos atos praticados no exercício da profissão. A responsabilidade objetiva, tratada por alguns autores como responsabilidade legal, não exige a comprovação da culpa, basta apenas a existência do dano e do nexo de causalidade.

Para Konrad; Konrad (2013, p. 26), a responsabilidade objetiva justifica-se pelo risco da atividade desenvolvida; constitui uma atividade lícita que causa risco de dano a outrem.

Esta responsabilidade é imposta por lei a certas pessoas e em determinadas situações. A responsabilidade do cirurgião-dentista é subjetiva, ou seja, há a necessidade da existência e da comprovação de culpa.

Sempre que o profissional assegurar o resultado e este não for atingido, responderá objetivamente pelos danos causados ao paciente. Contudo, nem sempre a obrigação do odontólogo é de resultado.

Se a priori, a responsabilização médica surge por uma obrigação de meios, só em caráter excepcional manifestando-se em forma de obrigação de resultado, não se pode atribuir o mesmo a responsabilidade adquirida pelo Odontólogo. Não é possível dizer o mesmo da responsabilidade do cirurgião-dentista. Mostra-o incisivamente Menegale (2012) pontuando, com total propriedade, que a obrigação profissional do cirurgião dentista abarca acentuadamente uma obrigação de resultados <sup>3</sup>.

Outro aspecto tocante à atividade do cirurgião-dentista diz respeito à obrigação de meio e de resultado. Segundo Silva et al. (2013, p.69), "no ato em que o cirurgião-dentista aceita alguém como paciente, estabelece-se entre as partes um contrato de prestação de serviços, que deve ser entendido como obrigação de resultado ou obrigação de meio. A de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a

produção de um resultado, enquanto, na de meio, o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certos serviços para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”.

Na obrigação de resultado, o devedor se obriga a atingir uma finalidade, e o alcance dessa finalidade depende somente do prestador de serviços. Ao passo que, na obrigação de meio, o devedor se obriga a utilizar todos os meios necessários e possíveis para alcançar o objetivo, e depende também das condições do contratante para atingir esse fim (Silva 2012, p.15).

## **5. CÓDIGOS E CONDUTAS MÉDICAS DA ODONTOPEDIATRIA**

No Brasil, a odontopediatria é regulamentada e reconhecida pelo Conselho Federal de Odontologia (CFO) como a “especialidade que tem como primordial intuito o diagnóstico, a prevenção, o tratamento e o controle dos problemas oriundos da saúde bucal do bebê, da criança e do adolescente; a educação para a saúde bucal e a integração desses procedimentos com os dos outros profissionais da área da saúde”.

Possuindo papel fundamental no resguardo tanto o paciente, como o profissional, haja visto a necessidade que ambos possuem de obter amparo em situações de adversidade, advindas dos procedimentos ,além de possuir papel regulamentador nesta mediação .

Para que possa se considerar especialista em Odontopediátria, o profissional cirurgião-dentista ter devidamente concluído um curso com credenciamento pelo Conselho Federal de Odontologia (CFO) ou validado pelo Ministério da Educação, possuindo ao todo durabilidade mínima de setecentas Horas, ou obter o título de Mestre ou Doutor na especifica área de atuação (CÓDIGO DE ÉTICA ODONTOLÓGICA, 2013).

<sup>3</sup> [...] à patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargos das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito

mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar (MENECALE, 2012).

É impossível que se torne profissional na área sem o devido conhecimento oriundo de uma universidade, haja visto que é nesta onde o futuro profissional irá complementar seus conhecimentos e adquirir novos métodos de tratamento, de modo que o constante aperfeiçoamento é indispensável neste segmento.

## **6. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A lei n.º 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 3º, considera fornecedores todas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, e os entes despersonalizados, que praticam atividade de produção, montagem, criação, construção ou transformação, importação ou exportação, distribuição ou venda de produtos ou que prestem serviços.

No tocante à pessoa física, tem-se como figura primordial de fornecedor o profissional liberal prestador de serviços.

Configurada está a relação de consumo, porque de um lado existe o cirurgião-dentista que presta serviço e de outro uma pessoa física que utiliza esse serviço como destinatária final, razão pela qual o cirurgião-dentista é enquadrado como fornecedor de serviços (Silva et al., 2013, p. 67).

Lisboa (2012, p. 288) define o profissional liberal como aquela pessoa que "desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação".

O artigo 14, § 4º, do CDC, refere que a responsabilidade civil dos profissionais liberais prestadores de serviços é subjetiva, sem fazer menção específica ao ramo da odontologia.

Entretanto, Lisboa (2012, p. 289) afirma que a responsabilidade do profissional liberal apenas será subjetiva nos casos de responsabilidade pelo fato do serviço. Em se tratando de responsabilidade pelo vício do



serviço, que gere dano econômico ou patrimonial, a responsabilidade será objetiva (ou seja, independente da existência de culpa), por força do disposto no artigo 20 do CDC.

Já Silva (2013, p.199) refere que, da interpretação do artigo 14, § 4º, do CDC, "exclui-se expressamente a aplicação da responsabilidade objetiva das relações entre dentista e paciente", cabendo, nessa hipótese, a aplicação da responsabilidade subjetiva mediante a verificação de culpa.

A maioria dos doutrinadores adota posicionamento semelhante a Silva, defendendo a responsabilidade subjetiva do cirurgião-dentista.

## **7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ODONTOPEDIATRA**

Machado (2012) nos traz, A cautela que deve ser adotada na criança não possui limitação quanto ao apenas diagnóstico e à terapêutica específicos, mas também concorre para o processo de desenvolvimento de sua conduta. É assim que a Psicologia se entrelaça com a Odontopediatria. Estas considerações permitem a tentativa de enumerar os mais evidentes objetivos da Odontopediatria:

- Orientar e motivar pais e/ou responsáveis, quanto à promoção e manutenção da saúde bucal das crianças.
- Ajudar a criança e o adolescente a desenvolver comportamentos e hábitos que conduzam à saúde bucal, conscientizando-os dessa responsabilidade.
- Avaliar o crescimento e o desenvolvimento a fim de detectar possíveis desvios com repercussão nas estruturas dento-faciais.
- Identificar os fatores de risco, em nível individual, para as principais doenças da cavidade bucal, e implementar estratégias preventivas e de mínima intervenção.
- Reabilitar, morfológica e funcionalmente, o aparelho estomatognático lesado pelas doenças mais comuns que atingem a cavidade bucal da criança e do adolescente.
- Encaminhar o paciente para serviços adequados de especialidades odontológicas ou afins, sempre que as necessidades ultrapassem as limitações próprias da Odontopediatria.

- Integrar, quando as oportunidades se apresentem, as equipes de Odontologia em Saúde Coletiva, a fim de contribuir para a promoção de saúde bucal (MACHADO, 2012).

Rocha (2013) pontua que deve o profissional antes de realizar quaisquer procedimentos se resguardar, questionando o paciente sobre os possíveis riscos do procedimento a ser feito, em como verificar se há reações alérgicas a algum medicamento.

Todo organismo humano possui suas particularidades, algumas pessoas possuem aversão a substâncias que em outras podem levar a cura, deste modo ,antes que qualquer procedimento é necessário a realização de testes que comprovem a imunidade do paciente para com os medicamentos e procedimentos a serem aplicados

Existem dois tipos de consentimentos: o expresso e o implícito. O consentimento implícito é obtido através da análise do comportamento somado as atitudes do paciente durante o atendimento, quando o profissional presume que o mesmo está de acordo ou desacordo com o tratamento oferecido (MACHADO, 2012).

O consentimento expresso pode ser escrito ou oral, e ocorre quando, após receber as orientações sobre o tratamento que será realizado, ao paciente e/ou responsável declara, de maneira escrita ou verbal, estar de acordo ou não com o tratamento proposto pelo profissional. É indispensável que o paciente seja capaz de compreender os esclarecimentos e de consentir. Juridicamente, em termos formais, em se tratando de crianças ou adolescentes, o consentimento será dado por seus representantes legais, normalmente os pais.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao que se refere ao paciente/cliente de atendimento odontológico infantil cabe o ônus de comprovar que o cirurgião-dentista, pelo seu proceder ou pela técnica empregada, deu azo aos danos sofridos, pois a odontopediatria é uma atividade que, na sua relação contratual de prestação de serviços odontológicos aos pacientes, tem, como regra geral, por objeto destes contratos obrigações de meios e não de resultado.

Com base no exposto, observa-se a tendência dos julgadores em nosso país e levando em consideração, na avaliação da lide, a inclusão em um ou outro grupo, no que se refere à qualidade da obrigação contratual, de meios ou de resultado, que se estabelece entre o cirurgião dentista e o paciente, é avaliar as características do caso concreto, como acontece nas lides jurídicas, ao tratar-se o processo no que tange as postulações judiciais de ressarcimento, pelos pacientes, em casos de insucessos em tratamentos odontológicos.

Assim, cabe ao odontopediatra ter obrigatoriamente, o conhecimento técnico e científico e, sobretudo, deve saber atender dentro dos limites éticos que a profissão lhe impõe. Em soma, tendo a consciência de que seu trabalho tem a função de estabelecer o a saúde bucal da criança e do adolescente e não de causar-lhe danos e transtornos que resultem no sistema judiciário brasileiro, devendo, assim prestar esclarecimentos aos responsáveis legais do paciente menor de idade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 5.081, DE 24 DE AGOSTO DE 1966. Publicada no DOU de 26.8.66 Retificada em 1º.9.66 e 16.6.67 Regula o Exercício da Odontologia. Disponível em: <http://www.cropr.org.br/uploads/downloads/lei-5081-1966.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

BRASIL. Leis, Decretos etc. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Secretaria de Defesa do Consumidor, 2011.

BRASIL. Leis. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CFO 118**, DE 11 DE MAIO DE 2012. Código de ética odontológica. Rio de Janeiro: Conselho Federal de odontologia, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 2014, p. 10 e 09.

FERREIRA, A. M. B. **Participação do acompanhante durante o atendimento odontológico da criança nos serviços públicos na cidade do Recife.** *Rev Ibero-Am Odontopediatr Odontol Bebê.* 2006, p. 8-30.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** Editora Saraiva, 2005.

KONRAD, Mário Alberto; KONRAD, Sandra Ligian Nerling. **Direito Civil 2: responsabilidade civil e direito das coisas.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (Coleção Roteiros Jurídicos – Coordenador José Fábio Rodrigues Maciel).

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, M. S. et al. **Participação dos pais na tomada de decisões no atendimento odontológico de seus filhos.** *Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo* 2009, p. 38-47. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/1983-5183/2009/v21n1/a>>.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2016.

MELANI, Rodolfo Francisco Haltenhoff; SILVA, Ricarda Duarte da. **A relação profissional-paciente: o entendimento e implicações legais que se estabelecem durante o tratamento ortodôntico.** *Rev. Dent. Press Ortodon. Ortop. Facial, Maringá*, v. 11, n. 6, Dez. 2006. Disponível em: . Acesso em 27 de novembro de 2016.

MENEGALE, Guimarães. **Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista.** *Revista Forense*, nº 80. 2012.

MINERVINO, Bruno; SOUZA, Omásio Teixeira. **Responsabilidade civil e ética do ortodontista.** *Rev. Dent. Press Ortodon. Ortop. Facial, Maringá*, v. 9, n. 6, Dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 27 de novembro de 2016.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil.** Seqüência: estudos jurídicos e políticos [2177-7055] Ano:2013 Vol:19 Nr:37. Disponível em: . Acesso em 27 de novembro de 2016.

RODRIGUES, Cathleen Kojo et al . **Responsabilidade civil do ortodontista**. Rev. Dent. Press Ortodon. Ortop. Facial, Maringá, v. 11, n. 2, Abr. 2011. Disponível em: . Acesso em 27 de novembro de 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013 (Coleção GVLaw).

SILVA, Ricardo Henrique Alves da et al . **Responsabilidade civil do cirurgião-dentista: a importância do assistente técnico**. Rev. Dent. Press Ortodon. Ortop. Facial, Maringá, v. 14, n. 6, Dez. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 de novembro de 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, S. T. C. et al. **Papel do odontopediatra**. Publicado em 2003. Disponível em: . Acesso em 01 de outubro de 2016.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALKER, M. M. S. et al. **Odontopediatria: uma visão sobre os aspectos éticos e legais**. *J Bras Odonto-pediatr Odontol Bebê*, 2002, p. 37-40.

## A CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA PELA NÃO HOMOLOGAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS

IGOR ROSADO DO AMARAL

**RESUMO:** A Administração Tributária é competente para regulamentar os mecanismos de exercício de direitos por parte dos contribuintes, entre eles os relativos à compensação tributária. Para oferecer formas acessíveis e práticas, sem se descuidar do zelo à coisa pública que deve pautar a atuação do fisco, o ordenamento jurídico brasileiro previu a imposição de sanções administrativas aos contribuintes que exerçam o direito de compensação de tributos federais sem a observância das vedações legais, tentando extinguir créditos tributários de forma indevida. O presente trabalho discorre a respeito de penalidade incidente sobre a declaração de compensação tributária não homologada, a partir da análise de normas, doutrina e jurisprudência relativas à matéria, ponderando o equilíbrio entre a necessidade da proteção dos recursos públicos e o respeito a garantias e direitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Compensação tributária. Sanções administrativas. Não homologação. Tributos federais.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Direito Tributário Penal. 1.1 Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal. 1.2 A sanção tributária. 2. A defesa administrativa no âmbito federal. 3. A defesa judicial em âmbito federal. 4. A vedação à discussão concomitante nas instâncias administrativa e judicial. 5. A Compensação Tributária. 6. A declaração de compensação. 7. A multa pela não homologação da declaração de compensação de tributos federais. 8. As contestações judiciais. 9. Da sanção política. 10. Do efeito confiscatório. 11. Do ferimento ao princípio da proporcionalidade. 12. Do abuso ao direito de petição. Conclusão. Referências.

---

### INTRODUÇÃO

A compensação tributária, meio de extinção do crédito tributário, é prática corriqueira na atividade tributária, principalmente por parte das pessoas jurídicas.

Apresentada a declaração de compensação, considera-se extinto o crédito tributário, sob condição resolutória, já que o fisco deverá realizar a homologação da compensação declarada, nos termos da legislação correspondente, ou simplesmente permitir que ocorra a homologação tácita ao fim do prazo de cinco anos.

A norma prevê situações nas quais o contribuinte não poderá utilizar determinados tipos de créditos em uma compensação declarada.

No caso da tentativa de utilização de alguns destes ou na apresentação de declaração com indicação de crédito inexistente, o fisco não homologará a compensação, cobrará os débitos confessados e ainda lançará multa isolada no montante de 50% (cinquenta por cento) ou 150% (cento e cinquenta por cento) do valor dos débitos que o contribuinte pretendia compensar.

Tal previsão, constante da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, visa a punir a ação do contribuinte que, a despeito das expressas vedações legais, utiliza crédito não permitido para extinguir débitos tributários de competência do fisco federal.

Esta exigência tem sido objeto de inúmeras contestações judiciais que classificam a aplicação das penalidades como obstáculo ao exercício do direito constitucional de petição.

O presente estudo, apoiado basicamente em pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, tem o condão de analisar os institutos da compensação tributária e da penalidade decorrente da sua não homologação, debatendo a validade da alegação de que a aplicação da referida penalidade importaria em afronta ao direito constitucional de petição, bem como à garantia da ampla defesa e ao contraditório.

Avaliamos ao longo do estudo a natureza e a aplicabilidade da sanção discutida e apresentamos os principais argumentos levados ao judiciário pelos contribuintes com o fito de impedir a sua exigibilidade, trazendo considerações acerca da sustentabilidade de cada um deles.

Para tal, o trabalho foi desenvolvido de forma a trazer uma abordagem inicial sobre o Direito Tributário Penal, suas características e implicações.

Em seguida, tratamos especificamente da compensação como mecanismo de extinção do débito tributário para, ao fim, trazermos as teses advogadas pelos contribuintes contrários à possibilidade de aplicação de sanções advindas do procedimento de compensação, demonstrando finalmente a constitucionalidade da exigência.

### ***1 O direito tributário penal***

Para evoluirmos ao tratamento do tema central deste estudo é salutar a realização de uma apresentação do conceito de Direito Tributário Penal, tarefa que se inicia com o paralelo a ser desenhado entre este e o Direito Penal Tributário, o que passamos a fazer.

#### **1.1 Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal**

Para o Direito Penal Tributário, inserido no âmbito do Direito Penal, a conduta tipificada deverá ser definida como crime, conforme critérios legais, compreendendo os crimes contra a ordem e administração tributárias, atualmente definidos pela Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990.

As sanções nesta seara exigem a intervenção do Poder Judiciário, único competente para a fixação e imposição de penas desta natureza.

Para o Direito Tributário Penal, classificado como um ramo do Direito Tributário, importa a ocorrência de uma infração administrativa tributária, caracterizada pelo descumprimento de uma norma tributária, seja principal ou acessória (MACHADO, 2008).

Neste caso não se está a falar de crime, mas de infração ao mandamento atinente ao conteúdo normativo tributário, sendo a pessoa jurídica de direito público competente para instituir tributos também responsável por prever sanções para o caso de descumprimento das obrigações acessórias que criar, ao passo que em matéria penal tributária somente caberá à União legislar, por força do art. 22, I da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

É de se anotar que a infração no Direito Tributário Penal pode ou não envolver a exigibilidade de recolhimento de tributo, haja vista que neste campo insere-se o descumprimento de deveres instrumentais, as



obrigações acessórias, conforme indicado no art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Tanto os ilícitos penais quanto as infrações administrativas constituem condutas não admitidas pelo ordenamento jurídico e sujeitos à aplicação de sanções.

A distinção entre as duas categorias, portanto, se dá a partir do critério de política criminal no qual se pauta o poder legislativo na concepção do ordenamento penal, com base no desvalor das condutas constantes dos tipos incriminadores.

Do mesmo modo, podem prosseguir tanto no curso de processo tributário penal quanto no de um processo penal tributário a apuração de consequências ligadas a um mesmo fato, caso este venha a ser tipificado em ambas as esferas, não havendo o que se falar em *bis in idem*, dada a independência de instâncias administrativa e penal, conforme explica Schoueri (2012, p. 1043):

Não há que falar, no caso de incidência de penalidades previstas em ambas as esferas, em *bis in idem*, como tampouco seria o caso de se cogitar de semelhante ocorrência quando se sujeitasse o ladrão a uma pena privativa de liberdade, além de obriga-lo a devolver a coisa roubada. Se o administrador da

companhia falsifica um documento e subtrai recursos daquela, estará sujeito a penalidade societária (destituição do cargo), além da possível pena pelo crime cometido.

É o caso, por exemplo, da autuação lavrada contra o contribuinte que, nos termos do art. 44, § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, contempla multa de ofício qualificada<sup>[1]</sup> nos casos em que constatado dolo, fraude ou conluio para a prática de sonegação, independentemente de “outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis”, ensejando a elaboração de uma representação fiscal para fins penais, nos termos do art. 83 da mesma norma.

A representação fiscal para fins penais será destinada ao Ministério Público, mas somente depois de proferida decisão administrativa definitiva confirmando a higidez do crédito tributário lançado, ao qual caberá tomar as providências acerca de uma possível ação penal.

As distinções que ora são apontadas, contudo, não impedem a observância de princípios comuns aos dois ramos estudados.

O princípio do *in dubio pro reo*, inserido no art. 112 do CTN, determina que o Direito Tributário Penal deve favorecer o acusado, exigindo-se, exclusivamente no que se refere às penalidades, a interpretação mais benéfica, desde que verificada alguma das circunstâncias ali previstas<sup>[2]</sup>.

A retroatividade benigna está presente no art. 106 do CTN que, assim como previsto no art. 107, III do Código Penal (CP), permite a aplicação retroativa da lei que deixe de tratar o fato então punível como ilícito, desde que, na seara tributária, o ato não esteja definitivamente julgado.

Uma vez constituído o crédito tributário, com o lançamento definitivamente julgado<sup>[3]</sup>, a penalidade passa a compor o débito, não existindo mais possibilidade de reaver o seu montante com base na retroação benigna, residindo aqui um ponto de distinção na aplicação do princípio em relação ao Direito Penal, posto que a lei posterior favorável ao agente deve extinguir os efeitos da pena ainda que decidida por sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do art. 2º parágrafo único do CP.

A garantia do devido processo legal, corolário do Estado Democrático de Direito, esculpido no art. 5º, LV da CRFB, compreende a sua aplicação tanto aos litigantes em processo judicial quanto em processo administrativo, abrangendo os acusados em geral, sendo certa a sua aplicabilidade ao Direito Tributário Penal.

Além disso, merece menção o instituto do arrependimento posterior, definido no art. 16 do CP cujo equivalente na esfera tributária é a denúncia espontânea nos termos do art. 138 do CTN, que mitiga os efeitos da mora resolvida pelo contribuinte antes do início de procedimento administrativo.

Por fim, mas sem esgotar as possibilidades de indicação de semelhanças principiológicas, apontamos o princípio da insignificância (ou bagatela), nascido na teoria da política criminal, conforme traduz NUCCI (2014 p. 307):

Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Há várias decisões de tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal. (...) Há três regras, que devem ser seguidas, para a aplicação do princípio da insignificância: 1) consideração do valor do bem jurídico em termos concretos. 2) consideração da lesão ao bem jurídico em visão global. 3) consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social.

A atividade de administração tributária é caracterizada pelo caráter vinculado da atuação do agente público, nos termos do art. 142 do CTN. Ainda assim, da leitura do seu art. 108, § 2º, a *contrario sensu*, há quem entenda a aplicabilidade do princípio da insignificância para o caso de exigência de penalidades, já que a vedação à dispensa de cobrança por equidade apenas se refere a tributo, não explicitando a impossibilidade da sua incidência quanto a multas, interpretação defendida por Schoueri (2012, p. 1048).

## 1.2 A sanção tributária

Na definição de Machado (2008, p. 481) sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito, tido este conceito, de forma geral, como mais abrangente do que o do comportamento ilegal, posto que não adstrito à reserva de veiculação em lei, em que pese, particularmente em matéria tributária, prevaleça o mandamento da reserva legal.

A sanção pode dirigir-se no sentido de compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento do seu dever ou pode consistir em uma punição a este cominada.

Já foi mencionado que as infrações definidas nas esferas tributária penal e penal tributária não possuem distinções estruturais, senão o fato de resultarem de escolhas do legislador. O mesmo pode ser dito em relação às sanções: não há diferença ontológica entre uma sanção administrativa, civil ou penal.

A distinção a ser considerada existe eminentemente no campo valorativo, uma vez que a sanção penal conduz ao entendimento de que o fato punível traz carga de gravidade superior, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado e a ofensa à segurança e aos interesses sociais.

Tal percepção faz com que se adotem punições mais severas na área penal do que na área cível e administrativa, o que justificaria, por sua vez, a exclusividade do Poder Judiciário para a sua imposição.

O Código Tributário Nacional no seu art. 136 define como regra a natureza objetiva da responsabilidade pela infração tributária.

É dizer que para a apuração e cominação de penalidades não importa, à luz do fato gerador enquadrado, que seja comprovada a existência de culpa ou dolo por parte do agente em questão.

A regra, porém, encontra exceção quanto à aplicação de sanções pessoais descritas na forma do art. 137 do CTN, ao listar situações em que a responsabilidade é pessoal do agente e o qual ora transcreve-se para melhor esclarecimento do seu teor:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
  - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
  - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
  - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Ao exigir dolo para a caracterização da responsabilidade o dispositivo não produz outra coisa senão a criação de hipóteses em que a responsabilidade pelas infrações tributárias será subjetiva, ou seja, dependente da vontade manifesta do agente que as cometer.

O ilícito administrativo tributário é reconhecido como de conteúdo patrimonial quando implica o não pagamento, seja total ou parcial, do tributo devido.

Pode haver hipótese, porém, em que o ilícito consiste simplesmente na inobservância do cumprimento de uma simples obrigação acessória, como a de apresentar declarações, por exemplo, conforme previsto no parágrafo 3º do art. 113 do CTN: “a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

Neste ramo, as sanções são eminentemente pecuniárias<sup>[4]</sup> podendo assumir a forma de um valor fixo, também denominada de multa isolada ou pelo descumprimento de um dever formal, ou proporcional ao valor do tributo não pago, ocorrendo, nesses casos, a cobrança concomitante do tributo e da multa correspondente.

O Supremo Tribunal Federal (STF) não admite a aplicação das chamadas sanções políticas<sup>[5]</sup>, consistentes em diversas formas de

restrições a direitos do contribuinte como forma indireta de compeli-lo a realizar o pagamento de débitos tributários, verdadeiras violações ao princípio da livre iniciativa e do livre exercício profissional.

Conforme exemplifica Machado (2008, p. 493), as sanções políticas podem ser materializadas na forma de apreensão de mercadorias em face de pequenas irregularidades formais, a recusa de emissão de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte ou ainda a suspensão de atividades em razão exclusivamente da existência de dívidas tributárias.

O mesmo pode ser dito em relação às penalidades com efeito confiscatório, em relação as quais o Supremo Tribunal Federal também se pronunciou com entendimento originariamente orientado à instituição de tributos, no sentido de impedir a aplicação de penalidades que firam o princípio da capacidade contributiva, bem como viole a vedação ao confisco contido no art. 150, IV da CRFB.

Este é o teor da decisão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075, que versou acerca de multa à ordem de 300% (trezentos por cento) sobre o valor do bem ou serviço, no caso em comento em razão da não comprovação (ou não emissão) da nota fiscal, cuja ementa transcrevemos na parte relativa ao tema:

**A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento) . - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer

pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (...) (STF - ADI-MC: 1075 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/06/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237)

Restringindo ainda mais o entendimento acerca dos limites a partir dos quais estará caracterizado o efeito confiscatório da aplicação da penalidade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 833.106, concluiu que a aplicação de penalidade à ordem de 120% (cento e vinte por cento) fere a proteção constitucional contra o efeito confiscatório dando provimento ao recurso apresentado para assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100% (cem por cento), qual seja, impedindo que o valor da multa seja superior ao valor principal do tributo ao qual se refere.

## **2 A defesa administrativa no âmbito federal**

O Processo Administrativo Fiscal federal é regulado pelo Decreto nº 70.235/72, estatuído a partir do Decreto-Lei nº 822/69, que delegou competência ao Poder Executivo para legislar sobre processo fiscal.

Subsidiariamente ao que está determinado pela norma geral do Processo Administrativo aplica-se também a Lei nº 9.784/99.

O Decreto nº 70.235/72 surge assim, com a finalidade de regular o processo administrativo relativo à determinação e à exigência de créditos tributários federais, de empréstimos compulsórios e de consulta, incluindo, genericamente, matérias relativas à aplicação de sanções administrativas pela Receita Federal do Brasil.

Em decorrência da mencionada delegação de competência, atualmente a jurisprudência brasileira tem conferido a este decreto o status de lei.

Um dos seus grandes méritos foi o de unificar a legislação processual tributária, uma vez que cada tributo trazia regras processuais específicas para sua cobrança, o que dificultava o sistema de administração tributária, com variedade de formas, prazos e procedimentos específicos, gerando uma série de legislações processuais específicas de complicada assimilação.

Ainda assim, deixou vários procedimentos típicos da atividade tributária à margem da regulação, como os procedimentos relativos especificamente à penalidade, repetição de indébito, perdimento de mercadoria, entre outros, restando, para muitos, insuficiente para atingir o fim a que se propunha.

Não obstante as carências destacadas, o diploma reservou atenção a respeito do contraditório e da ampla defesa, ao estabelecer os caminhos postos à disposição do contribuinte para o exercício das citadas garantias constitucionais.

Constituído o crédito tributário ou aperfeiçoado o ato administrativo que produz efeitos jurídicos, pode o contribuinte comportar-se de uma entre as três formas possíveis: não concordar com a autuação e impugnar o ato - ou apresentar manifestação de inconformidade, de acordo com a decisão reclamada, conformar-se e efetuar a extinção da exigência através de uma das formas previstas no Código Tributário Nacional (CTN) ou se omitir, o que caracteriza a revelia, quando não há nem a extinção e nem a realização de qualquer ato que importe na suspensão da exigibilidade do crédito.



No caso da lavratura de sanções tributárias o contribuinte exerce o seu direito ao contraditório e a ampla defesa com a apresentação de impugnação.

A propósito, é entendimento pacífico que, tais garantias só podem ser invocadas neste momento, ou seja, no momento em que se configura a instauração do contencioso, com a apresentação da impugnação tempestiva.

Antes de aperfeiçoado o lançamento, verifica-se a ocorrência da etapa inquisitiva, na qual o fisco levanta as informações necessárias para a imputação de uma obrigação tributária inadimplida, ou a constituição de uma multa diante da constatação da prática de uma infração tributária.

Ao contribuinte não é garantido o direito de, neste momento, efetivar qualquer medida no intuito de impedir a ação fiscalizatória ou seu resultado, haja vista o disposto pelo art. 14 do Decreto nº 70.235/72, determinando que a "impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento".

Em relação ao tema, traz-se ementa produzida a partir de decisão administrativa exarada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) de Campo Grande/MS, com grifo nosso, onde se discutia a necessidade de intimação ao contribuinte para prestação de esclarecimentos, no decurso do procedimento de fiscalização e antes do seu desfecho.

A tese vencedora, convencida pelo citado art. 14 do Decreto nº 70.235/72, foi a de que não é garantido ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa antes de instaurado o litígio e que tais garantias foram respeitadas a partir da oportunidade de apresentação e apreciação da impugnação interposta, junto a qual o contribuinte pôde ofertar as provas que considerasse necessárias:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF  
OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPENDENTES. Os  
rendimentos tributáveis recebidos pelos dependentes  
devem ser somados aos rendimentos do contribuinte  
para efeitos de tributação na declaração.  
PROCEDIMENTO FISCAL. PARTICIPAÇÃO DO

AUTUADO. O procedimento fiscal possui natureza inquisitiva, sendo prescindível a participação do autuado nessa fase, mormente quando a autoridade fiscal já dispõe de informações necessárias para a caracterização da infração tributária. DIRPF. RETIFICAÇÃO. ESPONTANEIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. Após o início do procedimento fiscal, o autuado perde a espontaneidade para retificar a declaração de ajuste anual.

As Delegacias da Receita Federal de Julgamento, a propósito, constituem-se na primeira instância do contencioso administrativo federal, atualmente regidas pela Portaria MF 341, de 12 de julho de 2011, formadas por Turmas Ordinárias e Especiais de julgamento, cada uma delas integrada por 5 (cinco) julgadores, podendo funcionar com até 7 (sete) julgadores, titulares ou *pro tempore*.

Todos necessariamente ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e designados para mandatos com duração de até 36 (trinta e seis) meses, admitidas reconduções.

As unidades das Delegacias da Receita Federal de Julgamento são compostas por turmas e a cada uma confere-se competências específicas de julgamento, conforme ato do Ministro da Fazenda.

Apresentada a impugnação ou a manifestação de inconformidade pelo contribuinte interessado em discutir um direito, cabe a estas o julgamento em primeira instância da peça de contestação.

Esta impugnação não poderá resultar em um agravamento da exigência original, ou seja, há vedação ao *reformatio in pejus*, ressalvada a possibilidade de o fisco efetuar um lançamento suplementar, dentro do prazo decadencial, se constatado ao longo do julgamento administrativo a insuficiência do lançamento original, resguardado ao contribuinte o direito de impugnar a exigência, como se inicial fosse.

O julgador, tanto o de primeira quanto o de segunda instância, em respeito ao princípio da oficialidade, tem o poder de comando do processo, podendo determinar de ofício a realização de diligências ou perícias,

quando as entender necessárias (art. 18 do Decreto nº 70.235/1972) à formação de sua convicção.

A determinação para realização de diligência ou perícia deve estar devidamente motivada (inciso VII, do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99), descrevendo a razão do pedido para que o resultado seja eficaz.

O art. 16 do Decreto 70.235/72 apresenta os itens que não podem deixar de constar na peça contestatória, para que o contribuinte exerça o seu direito de defesa, como as provas que possua e comprovem o que afirma, bem como prevê a requisição de diligências e perícias com a finalidade de produzi-las.

Há previsão, inclusive, que tais provas sejam apresentadas em momento posterior à apresentação da impugnação, desde que tenham caráter superveniente.

Findo o julgamento em primeira instância, o órgão dá ciência ao interessado do acórdão proferido. Caso o lançamento tenha sido mantido total ou parcialmente, o contribuinte poderá apresentar, no prazo de trinta dias da ciência, recurso voluntário total ou parcial, que será submetido à segunda instância administrativa (artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72).

O julgamento em segunda instância é feito pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado e paritário, composto por conselheiros representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes.

Recentemente modificado e aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, o Regimento Interno do CARF (RICARF) estabelece a sua estrutura compreendendo três Seções, cada uma comportando quatro câmaras de julgamento, além da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), composta por três turmas.

As Seções são especializadas por matéria e constituídas por quatro Câmaras; e tais Câmaras poderão ser divididas em Turmas, nas quais são realizados os julgamentos em segunda instância.

Mesmo se o recurso voluntário for apresentado após o prazo legal, compete ao CARF o seu exame. Portanto este recurso, mesmo protocolado

intempestivamente, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção (artigo 35 do Decreto nº 70.235/72).

Compete aos presidentes de câmara negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso apresentado intempestivamente, quando não houver prequestionamento em relação à regularidade de sua interposição.

O recurso voluntário tem efeito suspensivo e, em conseqüência, a eficácia do acórdão de primeira instância fica sobrestada até que se decida a causa, ou seja, durante o transcurso destas etapas permanece suspensa a exigibilidade do crédito tributário discutido, nos termos do art. 151, III do Código Tributário Nacional.

Contra os acórdãos proferidos pelos colegiados do CARF é cabível o recurso especial contra decisão divergente, cujas normas estão reguladas no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Anexo II da Portaria MF no 343/2015, arts. 67 a 71), contra as decisões que tenham empregado à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais. Terá legitimidade para sua interposição tanto o sujeito passivo contra o Procurador da Fazenda Nacional com atuação junto ao órgão.

Admitido o recurso, o processo será encaminhado à outra parte, que terá prazo de quinze dias para apresentação de suas contrarrazões.

O despacho que rejeitar, total ou parcialmente, a admissibilidade do recurso especial será submetido à apreciação do Presidente da CSRF, que poderá designar conselheiro da CSRF para se pronunciar sobre a admissibilidade do recurso especial interposto.

Na hipótese de o Presidente da CSRF entender presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso especial irá retomar seu curso, sendo então encaminhado à outra parte, que terá prazo de quinze dias para apresentação de suas contrarrazões. Será definitivo o despacho do Presidente da CSRF que negar ou der seguimento ao recurso especial.

Em resumo: o contribuinte inconformado com ato da administração poderá interpor impugnação ao colegiado de primeira instância (DRJ), recorrer voluntariamente das decisões desta em segunda instância (CARF) e,

atendidos os requisitos de admissibilidade, contra as decisões deste, interpor recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O ingresso na via administrativa é gratuito, dispensa a intervenção de advogado e suspende de imediato a exigibilidade do crédito tributário, conforme o CTN, art. 151, III, ao passo que a reclamação no âmbito judicial somente tem este condão nos casos em que haja decisão liminar (CTN, art. 151, IV).

Matéria que recorrentemente é tema de debates e questionamentos acerca de possíveis limitações ao exercício do contraditório e da ampla defesa refere-se à possibilidade da discussão administrativa da inconstitucionalidade de normas aplicadas ao direito tributário.

Contudo é vedado aos membros das turmas de julgamento tanto do CARF quanto da DRJ afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Existem exceções, conforme se apreende da leitura do art. 26-A do Decreto 70.235/72, transcrito a seguir:

Decreto 70.235/72, Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522,

de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Ainda assim, pode-se observar que tais exceções pressupõem uma determinação anterior emanada por outros órgãos concernentes ao tema.

Sobre o assunto, manifestam-se Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez Lopez (2010, p. 417):

Observamos ser a questão que envolve interpretações sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato, pelos órgãos administrativos, um dos temas centrais das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo disputa travada tanto nas instâncias administrativas quanto nas judiciárias. O acúmulo de processos que versam sobre matéria tributária no Supremo Tribunal Federal tem gerado reflexões, pois se relacionam a questão de massa. Na verdade, as questões tributárias, somadas às previdenciárias, representam a maioria dos casos a serem resolvidos pela Corte Constitucional. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes defendeu em diversas oportunidades a importância da criação de mecanismos de prevenção que antecipem a solução dos litígios de massa e evitem a chegada dessas questões a Suprema Corte. Isso tornaria a prestação da tutela do Estado mais célere e eficaz.

Apesar das discussões, o momento atual ainda é de limitação à possibilidade de afastamento da incidência de normas sob argumento de inconstitucionalidade, conforme simulado pelo CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A título de ilustração, menciona-se decisão proferida no julgamento do processo administrativo fiscal federal de número 18192.000193/2007-39, no qual o contribuinte protestou contra o valor, a seu ver, exacerbado da multa moratória imposta no lançamento discutido, a qual contrariava os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, questionamento que teve como resposta a compreensão de que não caberia ao CARF manifestar-se sobre o tema, conforme informa a ementa transcrita:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2005 INCLUSÃO DOS DÉBITOS EM PARCELAMENTO - DISCUSSÃO JUDICIAL. - JUROS E MULTA - RENÚNCIA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - NÃO CONHECIMENTO. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. O recorrente na ação declaratória questiona a possibilidade de parcelar, inclusive juros e multa. INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE LEI E CONTRIBUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Recurso Voluntário Negado.

É dizer que ao contribuinte punido pela acusação de prática de infração tributária é ofertada a possibilidade da discussão administrativa, nos termos ora explicados.

Importa observar que o contribuinte pode buscar a satisfação da sua pretensão defensiva junto ao judiciário desde logo ou concluída a discussão administrativa que lhe for desfavorável.

### **3 A defesa judicial em âmbito federal**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 5º, XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição que, em síntese, eleva o direito de ação ao patamar de um direito subjetivo do cidadão ao passo que estabelece o modelo de jurisdição unificada, que entrega ao judiciário a decisão final sobre as causas submetidas ao seu crivo.

O processo judicial tributário é regido pelo Código de Processo Civil, salvo no tocante à execução fiscal e à medida cautelar fiscal<sup>[6]</sup>.

A iniciativa do processo de conhecimento, em geral, é do contribuinte, uma vez que as decisões relativas aos temas que se convertem em objeto de discussão judicial quase sempre são do próprio fisco.

Não há razão, diante disto, para que ocorra a provocação de controle judicial, dada a presunção de legitimidade e veracidade que caracteriza os atos administrativos, bem como de certeza e liquidez dos créditos tributários inscritos em dívida ativa (CTN, art. 204) que poderão submeter-se a uma ação de execução, mas não de conhecimento. Conforme ensina Machado (2008, p. 458):

Se o fisco decide, administrativamente, pela existência de um crédito tributário, a cobrança deste se faz mediante a propositura da execução fiscal, posto que o fisco constitui, unilateralmente, o título executivo a seu favor. Por isto é que o fisco não tem necessidade de ir a Juízo para pleitear uma decisão sobre o seu direito de crédito.

Em se tratando de tributos federais, a competência para julgamento das demandas será da Justiça Federal, conforme previsto no art. 109, I da CRFB, tendo em vista a condição de ré colocada à União.

As ações de iniciativa do contribuinte para defender-se contra a imputação de uma infração tributária, e a conseqüente cobrança da multa



correspondente, basicamente incidirá na proposição de algum dos seguintes tipos de ação, em lista apontada por Machado (2008, p. 469):

- Ação anulatória de lançamento tributário;
- Ação declaratória;
- Ação de repetição do indébito;
- Mandado de Segurança;
- Ação rescisória;

A ação anulatória é a que visa ao cancelamento do procedimento administrativo de lançamento que culminou com a formulação da exigência fiscal relativa à infração apurada. Por seguir o rito ordinário, este tipo de ação também recebe o nome de ação ordinária.

Na ação declaratória, também conhecida como uma ação ordinária em razão do rito ao qual se submete, o contribuinte pretende obter a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, no caso uma relação tributária que o define como sujeito passivo da obrigação referente à penalidade.

A ação de repetição de indébito demanda que o fisco seja condenado a devolver quantia já paga, indevidamente ou a maior, nos termos do art. 165 do Código Tributário Nacional.

Será manuseada quando o contribuinte já tiver recolhido a penalidade exigida e pretender, judicialmente, que seja devolvida a quantia paga a partir de fundamentos levados à apreciação judicial que eliminem a higidez da cobrança efetuada.

O mandado de segurança é garantido constitucionalmente para proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado por ato de autoridade estatal, conforme previsão do art. 5º, LXIX, da CRFB.

É medida cabível, por exemplo, quando da adoção de uma sanção política, modalidade de sanção rejeitada pelos tribunais superiores, como já mencionado.

Em matéria tributária, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o instituto do mandado de segurança, prevê que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários ou a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7o, § 2o), ao passo que, conforme sumulado<sup>[7]</sup> pelo Supremo Tribunal

Federal, o “mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Por fim, na hipótese de trânsito em julgado de sentença favorável à Fazenda Nacional em qualquer outra ação em que discutida a aplicação da infração tributária, poderá o contribuinte promover ação rescisória diante de uma das hipóteses de cabimento contidas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015.

É o caso, por exemplo, em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal se tenha posicionado a favor da tese do contribuinte que não conseguiu que a sua ação chegasse até aquelas instâncias de julgamento.

Pode ser o caso de uma ação em que determinada penalidade foi aplicada ao contribuinte que apresentou demanda judicial na qual restou vencido, mas que posteriormente foi definida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentro do prazo processual de dois anos após o trânsito em julgado da ação em que ficou vencido, pode o contribuinte ajuizar ação rescisória para rediscutir o assunto a luz do posicionamento demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **4 A vedação à discussão concomitante nas instâncias administrativa e judicial**

A prevalência das decisões judiciais, dado o caráter uno da jurisdição brasileira, determina que o ingresso em contencioso judicial importe, necessariamente em renúncia às instâncias administrativas.

Tal entendimento está expresso no Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, que determina em seu art. 87 que:

Art.87.A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei no 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Antes da edição da norma citada, no entanto, já existia a súmula nº 1 publicada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) no tocante ao tema:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

A vedação não pode ser considerada cerceamento de defesa, posto que renúncia somente refere-se aos objetos e argumentos absolutamente idênticos quando em ambas as esferas. Havendo disparidade de objeto ou de argumento, a renúncia poderá ser parcial ou, inclusive, não se configurar.

Esta compreensão decorre, como dito, do fato de prevalecer em definitivo o entendimento exarado pelo judiciário, não fazendo sentido permitir que progrida uma discussão administrativa que poderá ser contrariada eventualmente por decisão que a ela prevalecerá.

Importando observar que o esgotamento da lide administrativa não impede o contribuinte de pleitear seu direito na esfera judicial.

## **5 A compensação tributária**

Os meios de extinção do crédito tributário encontram-se previstos no art. 156 do Código Tributário Nacional:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

**II - a compensação;**

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149. (grifo nosso)

O instituto da compensação tem origem no Direito Civil, nos ensina Schoueri (2012, p. 844), conforme tratado nos arts. 368 e 369 do Código Civil (CC).

Neste, a compensação acontece independentemente da manifestação das partes, uma vez que a existência de créditos de mesma natureza, relativos a coisas fungíveis, vencidos e líquidos, fará possível a extinção de ambas as obrigações.

Enquanto no âmbito do Direito Civil a compensação é determinada legalmente, independentemente da vontade dos credores e devedores recíprocos, em matéria fiscal não ocorre o mesmo.

Os arts. 170 a 174 do CTN trazem tópicos gerais sobre o instituto, prevendo, entre outras coisas, que a autoridade administrativa poderá estipular condições e garantias para a concretização de uma operação de compensação tributária, a ser realizada com créditos vencidos ou vincendos<sup>[8]</sup>.

A compensação tributária só poderá se dar quando a lei autorizar, podendo esta impor limites à sua materialização. Nem o Código Tributário Nacional e nem a Constituição da República Federativa do Brasil oferecem garantia absoluta de que os contribuintes terão o direito de efetuar a compensação, mas somente autorizam e remetem a leis próprias a possibilidade de implementação e regulamentação do mecanismo, com

necessidade de observância à competência tributária de cada ente federativo.

O mesmo não pode ser dito, evidentemente, a respeito do direito de repetição do indébito tributário, este um direito relacionado à garantia geral ao direito de propriedade e vedação ao enriquecimento ilícito.

A eventual impossibilidade de realização de compensação não prejudica o direito de o contribuinte reaver o que pagou a maior ou indevidamente, via pedido de restituição.

É que a compensação tributária é meio de extinção de crédito tributário, não se confundindo com a possibilidade de se pedir restituição do que foi pago sem ser devido.

Sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 a primeira previsão normativa da possibilidade de compensação tributária foi o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.069, de 28 de junho de 1995, trazendo a disciplina para aplicação do procedimento extintivo do crédito tributário já previsto no CTN.

A Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, tratando do assunto, estabeleceu que a compensação somente poderia ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais da mesma espécie e destinação constitucional.

Enfim, a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, derogou o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, através dos arts. 73 a 74, que passaram a regular a matéria de forma mais flexível, uma vez que possibilitou a compensação de créditos decorrentes de restituição ou ressarcimento com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil (RFB).

O art. 96 do CTN define que a expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

O art. 100 do mesmo diploma explica que as normas complementares mencionadas no art. 96 se referem aos atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa a que a lei atribua eficácia normativa, as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Considerando que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas fazem parte da legislação tributária e com o objetivo de regulamentar os arts. 73 e 74 Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a Receita Federal do Brasil<sup>[9]</sup> editou a Instrução Normativa SRF nº 21, de 20 de março de 1997 que previu a apresentação do Pedido de Compensação (art. 12, parágrafo 3º).

Tal Pedido de Compensação poderia ser apresentado após o Pedido de Restituição, caso o contribuinte pretendesse optar por esta via.

O art. 15 da Instrução Normativa SRF nº 21, de 20 de março de 1997, no entendimento que depois se mostrou dominante, violou o princípio da legalidade ao permitir a compensação de crédito de um contribuinte com débito de outro, já que esta autorização não era prevista no CTN e nem nas demais leis em sentido estrito que tratavam do instituto, conforme relata Gomes (2013, p. 97).

A Instrução Normativa SRF nº 41, de 7 de abril de 2000, revogando o art. 15 da IN SRF nº 21/97, passou a vedar a utilização de créditos de terceiros para compensação de débitos de impostos e contribuições administrados pela RFB.

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 acrescentou o art. 170-A ao Código Tributário Nacional, vedando a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

## **6 A Declaração de Compensação**

A Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, tendo como principal aspecto a criação da Declaração de

Compensação (Dcomp), documento a ser preenchido e apresentado pelo próprio contribuinte, com o condão de promover a extinção do crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pela autoridade administrativa competente.

Dotada da natureza de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a cobrança de débitos indevidamente compensados via ajuizamento direto da execução fiscal<sup>[10]</sup>, a Declaração de Compensação transmitida pelo sujeito passivo deve conter a discriminação dos débitos e créditos que se pretende compensar.

A Receita Federal do Brasil deve, caso não seja reconhecido o direito creditório pleiteado pelo contribuinte a ser utilizado na extinção dos débitos descritos, aplicar a regra prevista nos parágrafos 7º a 11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, e comunicar o contribuinte da não homologação da compensação, intimando-o a efetuar o pagamento do débito no prazo de 30 (trinta) dias ou apresentar defesa junto ao contencioso administrativo.

Nova modificação foi realizada no regramento relativo à Declaração de Compensação através da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, que listou as situações em que a Declaração de Compensação deveria ser considerada não declarada, nos termos da redação dos parágrafos 12 e 13 da Lei nº 9.430/96.

A decisão que considera não declarada uma compensação, diante da ocorrência de uma das hipóteses legais, não produz qualquer efeito sobre os débitos apresentados pelo contribuinte, e nem é passível de apresentação de manifestação de inconformidade<sup>[11]</sup>, por falta de previsão legal, já que o parágrafo 18 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 o prevê somente quando da decisão que conclua pela não homologação da compensação, situação distinta da que leva a conclusão pela não declaração, aplicável especificamente em relação às circunstâncias previstas no parágrafo 12 do art. 74 da mesma norma.

Atualmente, a Declaração de Compensação de créditos e débitos federais, disciplinada pela Instrução Normativa RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012, deve ser efetuada pelo sujeito passivo mediante sua apresentação à Receita Federal do Brasil e gerada a partir do programa Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de

Compensação (PER/DCOMP), disponibilizado pelo órgão no seu endereço eletrônico.

O documento, assim, em regra deve ser transmitido eletronicamente, mas, nos casos de impossibilidade técnica, poderá ser utilizado formulário em papel, desde que o contribuinte apresente prova do seu direito creditório juntamente com a demonstração de que não foi possível utilizar o programa gerador de declarações[12].

O fisco analisará as informações transmitidas e, caso não ocorra a homologação tácita, poderá reconhecer o direito creditório e a extinção dos débitos, considerar o documento não declarado ou ainda tê-lo como não homologado, cada uma dessas decisões produzindo efeitos específicos, conforme previsto nas normas atinentes à matéria.

A Declaração de Compensação não será homologada, ou o será parcialmente, no caso da inexistência ou insuficiência do crédito tributário apresentado pelo contribuinte, em confronto com os débitos indicados.

É dizer que o contribuinte pretendeu extinguir débitos sem que fosse credor do fisco em montante suficiente para tal. Trata-se, portanto, de motivo de ordem material.

De outro modo, a Declaração de Compensação será considerada não declarada quando o contribuinte não observar a forma de transmissão determinada pelo ordenamento, ou seja, por um aspecto formal, ou quando utilizar determinados tipos de créditos listados taxativamente, cuja compensação é vedada pela lei, qual seja, motivo de ordem material[13].

Quanto aos tributos federais, a compensação, em regra, deve ser declarada com a utilização de um programa eletrônico de transmissão de PER/DCOMP, conforme informado anteriormente.

Apresentados os conceitos trazidos até o momento, passamos a análise da penalidade impositiva ao contribuinte que transmitir Declaração de Compensação posteriormente não homologada pela autoridade fiscal.

### ***7 A multa pela não homologação da declaração de compensação de tributos federais***

A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010 deu nova redação aos parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 para instituir multa



isolada no montante de 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito objeto de Declaração de Compensação não homologada.

Posteriormente, a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 656, de 7 de outubro de 2014, alterou novamente os parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, desta feita para revogar o primeiro e alterar este último no sentido de expressar a incidência da multa isolada de 50% (cinquenta por cento) não sobre o valor do crédito objeto da Declaração de Compensação, mas sim sobre os débitos informados no dito documento, os quais pretendia o contribuinte extinguir por esta via.

A introdução da referida sanção no sistema jurídico brasileiro se deu por iniciativa da Administração Tributária, com o intuito de coibir a prática de atividades lesivas ao erário quando da utilização indevida do mecanismo de compensação implementado nos moldes explicados em tópico anterior.

Há atualmente uma tendência experimentada não apenas pela ordem jurídica pátria, mas também pelos sistemas adotados em outros países de atribuir algumas atividades da arrecadação tributária aos contribuintes, reservando à máquina administrativa do Estado, em geral, tarefas de fiscalização e controle *a posteriori*.

É o que se verifica no lançamento por homologação do art. 150 do Código Tributário Nacional, por exemplo, o qual prevê a existência de "tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa", a quem cabe, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologar, evento que se opera tacitamente com o decurso do interregno de 5 (cinco) anos.

O mesmo ocorre em relação à compensação tributária, uma tendência mundial explicada, sobretudo, pela constatação de que se vive em uma complexa sociedade de massa, na qual o número de atividades potencialmente sujeitas à tributação cresce exponencialmente, exigindo das administrações a implantação de sistemas ágeis e automatizados que permitam a necessária fluidez das operações comerciais, trocas e regularização de situação fiscal por parte dos contribuintes.

São iniciativas cuja adoção constitui exigência da sociedade moderna, pois traduzem o conceito de “praticabilidade da tributação”, assim como o faz o instituto da substituição para frente<sup>[14]</sup>, com a proteção aos valores básicos de se evitar a evasão fiscal e a necessidade de assegurar recursos com alto grau de previsão e praticabilidade (certeza fiscal), conforme pontua Ribeiro (1997, p. 105/110).

Por outro lado, tal cenário, ao delegar ao contribuinte a realização de determinadas atividades em outros tempos imbuídas exclusivamente à autoridade fiscal, ao passo que dá agilidade ao sistema, também possibilita a ocorrência de fraudes ou utilização inadequada das ferramentas postas à disposição, trazendo a possibilidade de enormes danos à coletividade.

Visando a desestimular este tipo de conduta, foi criada a penalidade prevista na Lei nº 9.430/96 no seu art. 74, no montante de 50% (cinquenta por cento) dos débitos objeto de Declaração de Compensação não homologada.

A conduta de efetuar compensações indevidas representa grave risco ao equilíbrio fiscal, uma vez que, como dito anteriormente, declarada a compensação, esta “extingue o crédito tributário, sob condição resolútoría de sua ulterior homologação”, nos termos do art. 74, § 2º, Lei nº 9.430/96.

O objetivo, portanto, é o de punir o contribuinte que, se valendo dos benefícios advindos da apresentação da Declaração de Compensação, o faça em ofensa aos ditames normativos que regulamentam o procedimento.

### ***8 As contestações judiciais***

A partir da implementação da sanção incidente sobre as compensações não homologadas os contribuintes passaram a levar ao judiciário questionamentos quanto a sua validade constitucional, tanto em controle difuso ou incidental, na apreciação dos casos concretos, quanto em controle concentrado ou abstrato, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), autora da ADI nº 4905, noticiada nos seguintes termos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

CNI contesta constitucionalidade de multa imposta pela Receita Federal em caso de pedido de crédito indevido[15]

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4905) ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF), a Confederação Nacional da Indústria (CNI) pede a suspensão, em caráter liminar, da eficácia de dispositivos da Lei nº 9.430/1996, sobre a legislação tributária federal, com a redação introduzida pela Lei nº 12.249/2010 e regulamentação pela Instrução Normativa 1.300/2012, da Receita Federal.

O artigo 74 da Lei 9.430 dispõe que “o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão”.

Entretanto, em seus parágrafos 15 e 17, introduzidos pela Lei 12.249/2010, o mesmo artigo prevê aplicação de multa isolada de 50% sobre o valor do crédito objeto do pedido de ressarcimento que for indeferido ou indevido, ou no caso de crédito cuja compensação não for homologada pela Receita, “salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo”. Isso porque, no caso de ressarcimento obtido com falsidade (parágrafo 16, não questionado nesta ADI), o valor da multa se eleva para 100%.

A CNI alega que esses dispositivos contêm normas punitivas **contra o contribuinte que age de boa-fé**. Trata-se de “multa pela simples conduta lícita do contribuinte, dentro dos limites do regular exercício do seu direito, quando o seu pedido de ressarcimento ou de compensação vier a ser indeferido administrativamente”. A imposição da multa violaria,

assim, o **direito fundamental de petição aos poderes públicos (artigo 5º, inciso XXXIV, letra a, da Constituição Federal – CF); o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da CF); a vedação da utilização de tributos com efeito de confisco (artigo 150, inciso IV, da CF); e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, “resultando em verdadeira sanção política que o STF há tempos proíbe por inconstitucional”.**

Restituição/compensação

A CNI recorda que, de acordo com o artigo 165 do Código Tributário Nacional (CTN), podem ser restituídas pela Receita Federal ou compensadas pelo sujeito passivo (artigo 170 do CTN) as quantias recolhidas ao Tesouro Nacional a título de tributo ou de contribuição, em algumas hipóteses legais, especialmente: a) cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou maior que o devido; b) erro na identificação do contribuinte, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento.

A restituição ou compensação é prevista, também, pelo artigo 170 do CTN, para os casos de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória e, ainda, de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) resultantes do exercício da atividade econômica. O relator da ADI 4905 é o ministro Gilmar Mendes. (grifo nosso)

Observe que a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta ataca dois dispositivos da Lei nº 9.430/96, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, quais sejam, os parágrafos 15 e 17 do seu art. 74:

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto

de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010).

(...)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010).

Ocorre que, como informado acima, a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015 trouxe nova redação ao parágrafo 17 e revogou o parágrafo 15 do art. 74 da Lei nº 9.430/96:

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010) (Revogado pela Medida Provisória nº 656, de 2014) (Vide Lei nº 13.097, de 2015) (Revogado pela Medida Provisória nº 668, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.137, de 2015)

(...)

§ 17. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

De plano, já cumpre observar que quanto ao parágrafo 15, assunto que não é tema central desse estudo, deu-se a perda de objeto da matéria levada ao Supremo Tribunal Federal via ADI 4905 em virtude da revogação do texto legal cuja constitucionalidade foi atacada, sendo este o

entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação ao qual trazemos as seguintes ementas de julgados concernentes ao tema:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO DA AÇÃO. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. CONTROVÉRSIA. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da Constituição Federal, e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. REVOGAÇÃO DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. EFEITOS concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida as vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada” (ADI 709-PR).

Ação direta de inconstitucionalidade. - Tendo sido abrogada a Lei 751, de 07.04.95, do Estado do Tocantins, na qual se encontravam os dispositivos tidos como inconstitucionais, pela Lei 769, de 05.07.95, do mesmo Estado, que também restabeleceu todas as normas por aquela desconstituídas, está prejudicada a presente ação direta, tendo em vista a orientação desta Corte que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n 708, decidiu que a

revogação do ato normativo ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no controle abstrato das normas. Ação direta não conhecida, por estar prejudicada pela perda de seu objeto. (ADI 1280/TO).

Assim, em relação ao parágrafo 15 entendemos que deverá ser reconhecida a perda de objeto, já quanto ao parágrafo 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, tem-se que a modificação realizada não excluiu a incidência da sanção, mas alterou a sua forma de cálculo, ao substituir o parâmetro do valor do crédito apresentado para o valor do débito que se pretendeu compensar.

O Supremo Tribunal Federal entende que a alteração operada na norma previamente atacada via controle abstrato de constitucionalidade deverá ser substancial para que seja declarada a perda de objeto da ação, conforme se extrai do excerto a seguir:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº[55/2007](#) QUE MODIFICOU O ART. 20-A DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDONIA. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO DISPOSITIVO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2010. PERDA DE OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a revogação do ato impugnado ou a sua **alteração substancial** leva à prejudicialidade da ação direta por perda superveniente de objeto. Precedentes. 2. Pedido prejudicado. (ADI 99036) (grifo nosso)

Nessas circunstâncias, tendo em vista que não houve alteração substancial da norma atacada, continuam hígidos os motivos que ensejaram o controle de constitucionalidade, tendo em conta que o cerne

da questão sob apreciação do STF não recai sobre o método de cálculo, mas sobre a implementação da sanção em si.

Tendo sido a Lei nº 13.097/2015 fruto da conversão da Medida Provisória nº 656, de 7 de outubro de 2014, trazemos, para fins de aprofundamento, trecho da exposição de motivos que acompanhou o seu envio ao congresso referente a mencionada alteração no texto que originalmente instituiu a sanção:

Com a revogação proposta para os §§ 15 e 16, e visando manter a aplicação da multa isolada de 50% apenas nos casos de não homologação de compensação, faz-se necessária nova redação para o § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, trazendo para o referido parágrafo o percentual da multa antes previsto no § 15, **e para substituir o termo 'crédito' por 'débito', que é efetivamente o valor indevidamente compensado e que deverá ser a base de cálculo da multa isolada.**

**A nova redação proposta para o § 17 deixa claro que o instituto da Declaração de Compensação não deve ser utilizado para extinção de débitos sem a existência de créditos correspondentes, em estrita observância do que dispõe o art. 170 do CTN.**

**Assim, é aplicável a multa isolada no caso em que o débito é extinto sob condição resolutória, mas cujo crédito indicado para compensação é insuficiente, no todo ou em parte, para extinguir o tributo devido.**

E a ressalva contida no §17 de que essa multa não se aplica no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo é porque para esta hipótese existe previsão específica de aplicação de



multa isolada nos termos do art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2013. (grifo nosso)

Trazemos abaixo, em síntese, as alegações contrárias à validade da sanção em debate, submetidas pelos contribuintes à apreciação judicial:

- A penalidade tem a natureza de sanção política, dado o constrangimento imposto, impedindo o contribuinte ou o inibindo na sua faculdade de realizar atividade permitida pela norma;
- Há caráter confiscatório da penalidade imposta, em flagrante afronta à vedação contida no art. 150, IV da Constituição Federal;
- A multa viola o princípio da proporcionalidade, posto que a sanção deve inibir condutas indevidas dos contribuintes, o que não é o caso da apresentação de uma Declaração de Compensação posteriormente não homologada;
- Há óbice ao exercício do direito constitucional de petição, garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal;

Nos próximos tópicos passaremos a analisar cada um dos argumentos listados acima, com o intuito de verificar sua subsistência frente ao ordenamento jurídico tributário.

## **9 Da sanção política**

As sanções políticas, já apresentadas anteriormente, caracterizam-se, nas palavras de Schoueri (2012, p. 1091), por "restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de coação ou indução ao pagamento de tributos".

As sanções indiretas ou políticas, diferentemente das que são utilizadas como meio de punir a desobediência às normas de prática cogente representam maneiras reflexas de cobrança de tributos.

São imposições do Estado sobre aqueles que estão em situação de mora para com os compromissos tributários, de maneira que impossibilite a atividade profissional ou empresarial dos contribuintes, neste sentido

trazemos excertos de julgados oriundos do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª região, para fins de ilustração:

TRIBUTÁRIO. IPI. DECRETO Nº 4.544, DE 2002, ART. 234. SELOS DE CONTROLE DE IPI. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. OFENSA À LEGALIDADE. SANÇÃO POLÍTICA. A exigência de comprovação da regularidade fiscal para fornecimento de selos de controle de IPI, nos termos do Decreto nº 4.544, de 2002, art. 234, constitui ofensa ao princípio da legalidade (CF, artigos 5º, inciso II; e 150, inciso I), e implica sanção política, ao obstar o livre exercício de atividade econômica lícita (CF, artigo 170, parágrafo único). (TRF-4 - APELREEX: 2329 RS 2008.71.07.002329-6, Relator: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 23/09/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 06/10/2009)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE TRIBUTOS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO TRANSPORTADOR. INTERESSE PROCESSUAL. TEORIA DA CAUSA MADURA. 1. A empresa transportadora é parte legítima para impetrar mandado de segurança objetivando a liberação de carga apreendida em procedimento aduaneiro e cuja liberação foi condicionada ao pagamento de tributos e multa, uma vez que o transportador é responsável pela carga até a entrega ao destinatário. 2. A concessão da medida liminar consiste em ato judicial provisório, o qual, ainda quando satisfativo, exige a devida ratificação judicial, não havendo falar em ausência de interesse processual decorrente da perda do objeto. 3. Teoria da Causa Madura. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar

desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (art. 515, § 3º, do CPC). 4. Não subsiste a negativa de liberação das mercadorias apreendidas pelo simples fato de o transportador ter contra si lançado crédito tributário, uma vez que a União tem meios próprios (execução fiscal) para obter a satisfação da dívida, não lhe sendo permitido impedir o contribuinte de exercer a sua atividade econômica sob pena de sanção política, já rechaçada pelo STF em diversas ocasiões. Súmulas 323 e 547 do STF. (TRF-4 - AC: 8185 PR 2006.70.02.008185-0, Relator: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 02/06/2010, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 08/06/2010)

A multa em tela não impõe esta circunstância ao contribuinte, posto que não há vedação, direta ou indireta, ao exercício de sua atividade econômica ou profissional.

A multa apenas visa a punir infração administrativa prevista em lei, e contra a qual são admitidos ao contribuinte todos os recursos referentes ao devido processo administrativo e judicial.

A inobservância de requisitos previstos em lei para a utilização do mecanismo de compensação para extinção de créditos constituídos origina uma obrigação tributária, qual seja, a multa pecuniária, da qual o sujeito passivo passa a ser devedor, não implicando tal condição circunstância em que ficará impedido de realizar suas atividades.

## **10 Do efeito confiscatório**

Um outro argumento a ser analisado é o de que a multa produziria o efeito confiscatório vedado constitucionalmente. Paulsen (2008, p. 228) assim se manifesta quanto ao princípio em comento:

Confisco é a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização. O inciso

comentado refere-se à forma velada, indireta, de confisco, que pode ocorrer por tributação excessiva. Não importa a finalidade, mas o efeito da tributação no plano dos fatos. Não é admissível que a alíquota de um imposto seja tão elevada a ponto de se tornar insuportável, ensejando atentado ao próprio direito de propriedade. Realmente, se tornar inviável a manutenção da propriedade, o tributo será confiscatório.

Não existe um critério objetivo que determine em que nível de exigência do crédito tributário este se afigurará confiscatório, embora tenhamos exemplos no julgamento dos casos concretos, como o decidido na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075, no bojo da qual concluiu-se confiscatório o efeito de multa incidente à alíquota de 300% (trezentos por cento).

Merece destaque o fato de que haverá cobrança de multa ao montante de 75% (setenta e cinco por cento) sobre tributos federais constituídos a partir de lançamentos de ofício, incidindo sobre a “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.

Em manifestação recente, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS<sup>[16]</sup>, o Supremo Tribunal Federal, reafirmou entendimento de que as multas punitivas não poderão ser superiores ao montante de 100% (cem por cento) do valor da obrigação principal a qual se referir. Trazemos excerto a seguir:

Considerando as peculiaridades do sistema constitucional brasileiro e o delicado embate que se processa entre o poder de tributar e as garantias constitucionais, entendo que o caráter pedagógico da multa é fundamental para incutir no contribuinte o sentimento de que não vale a pena articular uma burla contra a Administração fazendária. E nesse particular, parece-me adequado que um bom parâmetro seja o valor devido a título de obrigação principal. Com base

em tais razões, entendo pertinente adotar como limites os montantes de 20% para multa moratória e 100% para multas punitivas.

Como já destacado, a multa incidente sobre a compensação não homologada tem clara função de inibir um comportamento indevido, revestindo-se de natureza punitiva, com nítida diferenciação em relação às multas moratórias, que visam a penalização exclusivamente do atraso no recolhimento.

Não se pode falar, portanto, em caráter confiscatório da multa em tela, tendo em vista situar-se em patamar bem abaixo do que entendem os tribunais pátrios.

### **11 Do ferimento ao princípio da proporcionalidade**

Para analisar a alegação de que a penalidade afronta o princípio da proporcionalidade, trazemos a apresentação que Di Pietro (2008, p. 75/76) faz quanto ao princípio invocado:

Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Tal pode ocorrer quando o ato editado pelo poder público não dê os fundamentos de fato ou de direito nos quais se sustenta, não leve em conta os fatos constantes do expediente (ou públicos ou notórios), ou não guarde proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, se trate de medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.

Para Mendes (1994, p. 469) o juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida deverá resultar de rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, com luz sobre os pressupostos de

adequação, necessidade e proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito.

Para abordar o ato sob o aspecto da proporcionalidade, portanto, devemos enxergá-lo com vistas a estes três critérios: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como visto, a implementação da multa em comento surgiu como uma medida contra a utilização abusiva da compensação tributária através da transmissão de Declaração de Compensação sem a existência de fundamentação legal ou mesmo sem que houvesse crédito a aproveitar.

Diante desta circunstância, havia necessidade da adoção de mecanismos que inibissem a prática de ilícitos administrativos, sem, contudo, penalizar os contribuintes que atuassem corretamente.

A implantação de mecanismos mais rigorosos para transmissão e admissão da Declaração de Compensação, *a priori*, acabaria afetando a todos indiscriminadamente, como já ocorre tradicionalmente com os controles da burocracia clássica.

Por outro lado, entendendo-se necessária a implementação de uma medida que evite ou iniba a ocorrência de práticas lesivas, há de adotar aquela que se mostre adequada, dentro do sistema a qual pertence.

Assim, a adoção de uma multa pecuniária, em detrimento da imposição de sanções políticas ou obstáculos ao exercício do direito de declarar a compensação pretendida, afigura-se como meio adequado de punição aos que atuem em confronto às normas relativas ao instituto.

Esta análise nos conduz, portanto, a admitir que a medida atendeu aos requisitos de necessidade e adequação.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige uma leitura quanto às vantagens da medida em confronto com as desvantagens.

A previsão de multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito apresentado em Declaração de Compensação não homologada é proporcional ao fim colimado, qual seja, evitar condutas que, conforme alegado, afetam a Fazenda Pública, a administração fiscal e, ao fim e ao cabo, toda a coletividade.

Um percentual menor não alcançaria o objetivo de coibir práticas ilícitas, já que o contribuinte se disporia a correr o risco de pagar a multa pretendida para ter o seu crédito suspenso por prazo razoável de tempo, gozando das benesses de uma certidão positiva de débitos com efeito de negativa, ou até sendo beneficiado pela homologação tácita e a impossibilidade de análise pelo fisco de uma compensação que não era hígida.

## **12 Do abuso ao direito de petição**

Um outro argumento apresentado contra a imposição da multa ora estudada aduz que esta significa verdadeira ofensa ao direito constitucional de petição, cujo nascimento histórico se deu com a Magna Carta de 1215<sup>[17]</sup>, e previsto no art. 5º, XXXIV da CRFB, segundo o qual é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

É de se observar que, ao pleitear o ressarcimento ou declarar a compensação, o contribuinte não está peticionando contra ato ilegal ou abusivo da Administração, mas unicamente informando a esta a existência de crédito a seu favor em virtude de recolhimento de tributo indevido ou a maior do que o devido e, por conseguinte, solicitando o seu ressarcimento ou a sua compensação com débitos seus, declaração, no caso da compensação, que já basta para a produção dos efeitos pretendidos, quais sejam, a extinção do crédito tributário que se pretende pagar, ainda que em condição resolutória.

Não deve prosperar, assim, o argumento de afronta ao direito de petição, posto que não há vedação ao gozo de tal garantia.

A imposição da multa não viola o direito de o contribuinte declarar a compensação pretendida, mas sim prevê a punição da utilização indevida do mecanismo.

O que se pune é o excesso danoso, o abuso, e não o exercício regular do direito. Fazendo um paralelo, por exemplo, com as infrações de trânsito, poder-se-ia argumentar que a imposição de limites de velocidade e a lavratura de multas a quem o desrespeitasse ofenderia o direito de ir e

vir, numa verdadeira deturpação do instituto, uma vez que, repise-se, o que se pune não é o exercício regular do direito, mas sim a sua extrapolação.

Uma vez que os regulamentos atinentes à apresentação da Declaração de Compensação informam detalhadamente as vedações e os critérios informadores das análises, cabe ao sujeito passivo exercer o seu direito em conformidade com as prescrições normativas.

Aprofundando o argumento, os contribuintes alegam que o malferimento ao direito de petição residiria também no fato de que a legislação tributária, complexa e extensa, eivada de minúcias, induziria os mesmos a erro, no qual incorreria sem que este fosse o intuito.

Em relação a isso, conforme já tratado em capítulo anterior, o Código Tributário Nacional no seu art. 136 define como regra a natureza objetiva da responsabilidade pela infração tributária.

É dizer que para a apuração e cominação de penalidades não importam, à luz do fato gerador enquadrado, que seja comprovada a existência de culpa ou dolo por parte do agente em questão. Verificada a infração à norma tributária, não caberá à autoridade tributária outra alternativa, senão a imposição da infração prevista.

Está ao alcance dos contribuintes em dúvida o procedimento de consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado ou à classificação de mercadorias, por exemplo, previsto nos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430/1996 e 46 a 53 do Decreto nº 70.235/1972. O processo de consulta, conforme definição de Neder (2010, p. 374):

Diante do emaranhado de leis, medidas provisórias, decretos, instruções normativas, etc., os obrigados à observância da legislação tributária, muitas vezes, encontram-se na situação de não saber como proceder, sendo comum a busca de soluções da Administração Pública mediante o instituto da consulta. A consulta, formulada por escrito, é, portanto, o instrumento que o interessado possui para dirimir dúvidas quanto à aplicação de determinado dispositivo da legislação tributária em uma situação concreta relacionada com sua atividade.



A admissão do processo de consulta produz, entre outros efeitos, o de impedir que o fisco autue o contribuinte com fundamento nos fatos e normas submetidos à análise através deste procedimento.

É dizer que o contribuinte não terá seu direito de petição obstaculizado, visto que, diante de dúvida, poderá apresentar pedido de restituição do crédito que entende lhe ser devido, a fim de proteger o seu direito à pretensão dos efeitos do decurso do tempo<sup>[18]</sup>, enquanto aguarda esclarecimentos atinentes ao instituto da compensação, se for o caso da apresentação de consulta para tal.

Solucionadas as dúvidas, reconhecida a possibilidade de compensação, poderá efetuar a utilizando o crédito já apresentado previamente em pedido de restituição.

É dizer que não há ferimento ao direito de petição, posto que ao apresentar Declaração de Compensação o contribuinte não requer à administração providências para usufruto dos seus efeitos, que se operam mesmo na inércia estatal.

Não há que se confundir o direito de petição, que depende de uma manifestação do ente público para o seu desfecho, com a possibilidade de a Fazenda Pública realizar verificações *a posteriori* do ato praticado pelo contribuinte, durante o prazo de cinco anos, entre a formalização da apresentação da Declaração de Compensação e a sua homologação tácita.

Como dito, os efeitos da Declaração de Compensação já ocorrem com a sua simples transmissão, não se submetendo de imediato a qualquer chancela da Fazenda Pública, a não ser as atinentes aos requisitos de admissibilidade do documento.

## CONCLUSÃO

A Administração Pública, ao implementar mecanismos de solução das demandas dos contribuintes, não poderia fazê-lo sem adotar as medidas de controle e fiscalização do cumprimento dos regulamentos, inclusive por meio de sanção a incidir sobre práticas ilícitas.

Ao longo do presente estudo, apresentamos as razões que levaram à criação da multa prevista no art. 74, parágrafo 17 da Lei nº 9.430/96, com

o intuito de evitar e punir a ocorrência de compensações indevidamente realizadas pelos contribuintes, práticas lesivas aos cofres públicos e em flagrante afronta ao interesse coletivo.

Elencamos os principais argumentos apresentados em contestações judiciais e administrativas, que giram em torno das alegações de que a multa, além de ser desproporcional e confiscatória, também fere o direito de petição, se constituindo em verdadeira sanção política.

Analisamos ponto a ponto para concluir que a presente sanção não deve se vergar a qualquer desses argumentos, posto que criada com o legítimo intuito de combater uma prática danosa, por via adequada e aceita pela jurisprudência, criada por lei, em conformidade com os princípios constitucionais que vedam o confisco, já que aplicada em alíquota condizente com uma carga que inibe os malfeitos, sem exorbitar da razoabilidade.

Entendemos também que o direito de petição não está renegado, tendo em vista que os efeitos da compensação são imediatos e a fórmula adotada não afasta do contribuinte a possibilidade de discutir administrativamente e judicialmente os atos da administração esvaziados de legalidade.

A aplicação de sanção pecuniária, enfim, não se caracteriza como sanção política caso não inviabilize a atividade econômica desempenhada pelo contribuinte infrator, como demonstramos ser o caso.

É fundamental, por fim, que a Administração Pública prossiga implementando medidas de facilitação de acesso aos institutos tributários, como o caso da compensação e da restituição, mas para isso não poderá se descuidar das formas de controle, para que o equilíbrio do sistema não seja comprometido.

Desta forma, alcançaremos um estágio de diminuição dos entraves para o exercício de direitos, sem que isto implique em meio de ampliação de ilícitos.

O desafio, neste sentido, é implementar medidas que, ao passo que cumpram seu papel inibitório, se enquadrem nos limites estabelecidos constitucionalmente, como é o caso da sanção que elegemos como objeto deste estudo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Marcus Lívio. **Extinção do Crédito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 159 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 543 p.

Magna Carta. In Britannica Escola Online. **Enciclopédia Escolar Britannica**, 2015. Web, 2015. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/article/481798/Magna-Carta>>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Proporcionalidade na Jurisprudência do STF**. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de dezembro de 1994 nº 23/94, p. 469.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.

NEDER, Marcos Vinicius. LOPEZ, Maria Tereza Martinez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. 3a Ed. São Paulo: Dialética, 2010. 542 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: ESMAFE, 2008, p. 960.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Substituição Tributária para Frente**. Revista do CEJ nº 03, dez/1997.

Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

#### NOTAS:

[1] O art. 44, I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 prevê a aplicação de multa no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, penalidade que será duplicada nos casos previstos nos [arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964](#), que versam sobre sonegação de tributos, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

[2] O art. 112 do CTN informa que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato, à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade, ou punibilidade e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

[3] A expressão "ato não definitivamente julgado" prevista no art. 106 , II , do CTN , abrange também a esfera judicial, por serem tais atos passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, inclusive de ofício pelo magistrado. Nesse sentido: STJ, Resp. 295762/RS.

[4] Pecuniárias ou valoráveis, como no caso da pena de perdimento de bens de importação proibida, ocasião em que o valor não é revertido ao ente fiscal já que os bens apreendidos são destruídos, quando não for possível a destinação para utilização ou alienação.

[5] Neste sentido dispõem as súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

[6] A execução fiscal é regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 e a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1993 trata das medidas cautelares fiscais.

[7] Súmula 213 do Supremo Tribunal Federal.

[8] No que também se diferencia da aplicação deste modo de extinção de obrigações no Direito Civil, que prevê apenas a compensação em relação a créditos vencidos.

[9] Naquela ocasião a hoje denominada Receita Federal do Brasil tinha o nome de Secretaria da Receita Federal (SRF).

[10] Por força do parágrafo 6o do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Medida Provisória nº 135/2003.

[11] Reservado ao contribuinte o direito de apresentação de recurso nos termos do art. 56 da Lei nº 9784/99.

[12] Conforme art. 41 da IN RFB nº 1.300/2012.

[13] Os créditos que não podem ser objeto de compensação cuja vedação culminará na não declaração do documento de compensação estão listados no art. 41 § 3º, I da Instrução Normativa RFN nº 1.300/2012.

[14] Conforme art. 150, § 7o da Constituição da República: a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

[15] Supremo Tribunal Federal – Notícias. Brasília/DF: 1/2/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=229737>. Acesso em 18/10/2015.

[16] STF - AI 727872 A GR / RS, Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 28/04/2015. Primeira Turma.

[17] Conforme conceitua a Enciclopédia Britânica, a Magna Carta (expressão em latim que significa “Grande Carta”) foi o primeiro documento a colocar por escrito alguns direitos do povo inglês. Seu nome completo é “Grande carta das liberdades ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês”. O rei João sem Terra, da Inglaterra, a assinou em 15 de junho de 1215. A Magna Carta estabeleceu que o rei devia seguir a lei e não podia mais reinar como bem entendesse. Foi um dos primeiros documentos a conceder direitos aos cidadãos. Desse modo, é considerado um tipo de constituição, a primeira que houve no mundo.

[18] O art. 168 do Código Tributário Nacional determina que extingue-se em 5 (cinco) anos o direito de o contribuinte pleitear restituição de crédito pago a maior ou indevidamente. Decorrido este tempo, não poderá o crédito ser restituído ou utilizado em compensação, em razão do que, caso o contribuinte apresente processo de consulta e opte por aguardar o seu resultado para apresentar declaração de compensação, é prudente que elabore pedido de restituição em relação ao crédito pretendido, para evitar que o decurso do prazo de cinco anos.

## **A CUSTÓDIA DE PRESOS NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DE ALAGOAS**

### **HEBERT HENRIQUE DE OLIVEIRA MELANIAS:**

Graduado em Direito pela Faculdade Raimundo Marinho - FRM - Unidade Maceió/AL; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - LFG; Especialista em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Futura / FAVENI; Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Futura / FAVENI; Escrivão de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas; Assessor Jurídico da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado de Alagoas

**RESUMO[1]:** O artigo tem como principal objetivo demonstrar os problemas de gestão da segurança pública vivenciada pelos policiais civis do Estado de Alagoas, sobretudo no que concerne a guarda e custódia de presos, evidenciando o desvio de função. No intuito de melhor apresentar o tema, abordar-se-á sobre a competência da polícia judiciária à luz das normas jurídicas e as atribuições restritas do sistema prisional de Alagoas, a fim de constatar o flagrante abuso praticado pela Administração Pública que, sem maiores contestações, viola o princípio da legalidade estrita ao compelir a polícia investigativa a exercer funções estranhas a qual foi destinada, como no caso, a custódia de presos. O artigo consiste também em apresentar o papel das instituições (Defensoria Pública, Ministério Público e a Magistratura) no combate ao abuso praticado corriqueiramente pela Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Desvio de Função. Segurança Pública. Polícia Judiciária. Custódia de Presos.

**ABSTRACT:** The main objective of the article is to demonstrate the problems of public safety management experienced by the civil Police of the state of Alagoas, especially with regard to the custody and custodial of prisoners, highlighting the deviation of function. In order to better present the subject, it will address the jurisdiction of the judicial police in the light of

the legal rules and the restricted assignments of the prison system of Alagoas, in order to establish the blatant abuse practiced by the public administration which, without Greater disputes, violates the principle of strict legality by compelling the investigative police to perform strange functions to which it was intended, as in the case, custody of prisoners. The article also consists in presenting the role of the institutions (Public Defender, prosecutor and magistrates) in the fight against abuse practiced routinely by the public administration.

**Keywords:** Deviation of Function. Public Safety. Judicial Police. Custodial of Prisoners.

**Sumário:** Introdução. 1. Competência da Polícia Judiciária de Alagoas à luz das normas jurídicas. 1.1. Uma análise da competência da Polícia Judiciária no âmbito da Constituição Federal de 1988 e da Constituição alagoana. 1.2. Lei Estadual nº 3.437/1975 e a competência estrita da Polícia Judiciária. 1.3. A Lei Federal nº 7.210/1984 e a competência legítima da custódia de presos. 2. A custódia de presos no âmbito da Polícia Judiciária de Alagoas e aspectos gerais sobre o sistema prisional alagoano. 2.1. Competência e atribuições da Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS. 2.2 O flagrante desvio de função do policial civil em Alagoas e a atuação do Ministério Público e Defensoria Pública no combate as irregularidades. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A Segurança Pública é erguida pela Constituição Federal de 1988 como sendo um dever do Estado e responsabilidade de todos, **escancarando a competência dos órgãos de segurança**. A Lei Estadual nº 3.347, de 25 de junho de 1975, que dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Alagoas, divide os cargos e define suas atribuições. Com a alteração dada pela Lei Estadual nº 6.276, de 11 de outubro de 2001 e, por conseguinte, da Lei Estadual nº 6.788, de 27 de dezembro de 2006 ficou estruturada as Carreiras de Agente de Polícia Civil e de Escrivão de Polícia Civil, sendo revogadas as disposições em contrário,



como os cargos anteriormente existentes de carcereiro, agente policial motorista etc.

O tema a ser desenvolvido no presente trabalho dará oportunidade de analisar a competência da Polícia Judiciária. O objetivo geral é demonstrar que com a obediência escorreita da aplicação das normas e na boa gestão do Poder Executivo Estadual, os policiais civis poderão apresentar um trabalho de excelência em sua atividade fim.

A abordagem se faz necessária, a fim de demonstrar que a Administração Pública, por meio das pastas da Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Secretaria de Estado da Ressocialização e Inclusão Social, estão sujeitas ao princípio da legalidade estrita, devendo estas afastar a custódia de presos da competência da polícia civil. No intuito de melhor abordar o tema e transpor o seu sentido amplo, se fez necessário uma pesquisa em livros e artigos. O método de abordagem hipotético-dedutivo e a fonte de pesquisa é do tipo exploratório. Assim, a monografia fora dividida em dois capítulos, a saber:

O **Capítulo 2** (dois) traz considerações acerca da competência da polícia judiciária, tanto na Constituição Federal como na Constituição do Estado de Alagoas, além de abordar a Lei Estadual nº 3.437/1975 e a Lei Federal nº 7.210/1984, apontando a quem compete exclusivamente a custódia de presos, sobretudo os presos provisórios.

O **Capítulo 3** (três), pondera sobre **a regulamentação do sistema prisional alagoano e suas atribuições**. Neste capítulo, fundamentalmente, fica demonstrado que cabe tão somente ao Sistema Prisional a guarda e custódia de presos.

Por fim, ainda no referido capítulo, serão revistas algumas decisões e o papel fundamental da Defensoria Pública, assim como do Ministério Público, face às decisões judiciais de interdição das delegacias no Estado de Alagoas.

## **1 COMPETÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA À LUZ DAS NORMAS JURÍDICAS**

A Polícia Civil ou a Polícia Judiciária tem papel fundamental perante a sociedade no combate aos ilícitos penais. A Polícia Judiciária é órgão essencial a Justiça na busca efetiva da repressão dos ilícitos penais, sendo peças investigativas, em ampla análise, garantia de preservação dos direitos fundamentais do cidadão, *in verbis*:

Tem a polícia judiciária – como parte do sistema repressivo estatal – importante papel a desempenhar na manutenção do Estado democrático de Direito. [...] Não é permitido ao Estado sujeitar o cidadão ao processo-crime sem um mínimo de indícios que autorizem o início da ação penal. Eis o objetivo do inquérito policial: colher provas da existência do fato, da autoria e de suas circunstâncias, para que possa o dominus litis, formar sua convicção e promover a denúncia ou solicitar o arquivamento do fato perante o Estado-Juiz. (CORRÊA, 2008)

Trata-se de uma polícia especializada responsável em dar início a *persecutio criminis*, ou seja, “a investigação policial, seguida do processo penal, revela-se como instrumento que legitima o uso da força do Estado e se consubstancia como verdadeiro freio ao poder punitivo, que precisa ficar amarrado a rígidos limites”. (CASTRO, 2015)

Da breve análise em epígrafe, passemos a abordar o que bem disciplina a Constituição Federal de 1988 e a Constituição do Estado de Alagoas, bem como o Estatuto da Polícia Civil e a Lei de Execuções Penais.

### **1.1. Uma análise da competência da Polícia Judiciária no âmbito da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Alagoana**

A Constituição Federal de 1988 no § 4º, do art. 144 aborda que compete à polícia civil as funções de polícia judiciária e à apuração de infrações penais, exceto as militares. Vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das

pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

**§4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.** (grifo nosso)

Com isso, define-se a Polícia Judiciária como órgão auxiliar da justiça, por meio do qual num procedimento extrajudicial, a Autoridade Policial apresenta elementos mínimos (autoria e materialidade) ao Ministério Público favorecendo a este a *opinio delicti*.

A Constituição do Estado de Alagoas não poderia ser diferente, tendo em vista o princípio da supremacia da constituição, não podendo nenhuma norma jurídica contrariar a *Carta Magna*, sob pena de ser declarada inconstitucional.

A Constituição alagoana, disciplina no inciso I, do § 1º, bem como no § 2º, do art. 244, a polícia judiciária como órgão competente na função investigativa, presidida e dirigida por um Delegado de Polícia. Ainda na Constituição alagoana tem-se que compete em Lei Estadual disciplinar a organização e o funcionamento da Polícia Civil, sendo as funções de polícia judiciária **privativas** dos integrantes das respectivas carreiras funcionais.

Art. 245. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de modo a garantir a eficiência de suas atividades.

§1ºAs funções de Polícia Judiciária são privativas dos integrantes das respectivas carreiras funcionais.

§ 2ºA lei organizará, em carreira, os cargos da Polícia Civil.

A organização administrativa da polícia civil está disciplinada na Lei Estadual nº 6.441, de 31 de dezembro de 2003, alterada pela Lei Estadual nº 6.479, de 28 de maio de 2004. O *caput* do art. 6º e os incisos ali existentes apresentam os objetivos institucionais da Polícia Civil, *ipsis litteris*.

Art. 6º São objetivos institucionais da Polícia Civil:

I - exercer o poder de polícia na investigação e apuração dos ilícitos penais em quaisquer de suas formas, na defesa da cidadania e das incolumidades das pessoas e do patrimônio;

II - apurar as infrações penais, exceto as militares, nos limites de sua competência constitucional;

III - auxiliar a Justiça na prestação da tutela jurisdicional, atendendo às requisições judiciais, como também dos membros do Ministério Público;

IV - apoiar, quando necessário, as medidas pertinentes à preservação da ordem pública, inclusive em situações excepcionais de emergências e calamidades;

V - respeitar os direitos do cidadão;

VI - empregar os recursos da inteligência, da persuasão e do diálogo como regra, utilizando-se da força apenas como recurso extremo;

VII - assegurar à sociedade o compromisso de a ela servir e defender no enfrentamento da violência e da criminalidade, através dos meios de ação do aparelho policial;

VIII - investir na qualificação profissional dos seus integrantes, visando a melhor servir a sociedade; e

IX - integrar-se às ações de segurança pública com os demais órgãos participantes da Célula de Justiça e Defesa Social, visando ao pleno exercício da cidadania.

Por derradeira e sem muitas delongas, translúcida a competência e a função a ser desempenhada pela Polícia Civil, prevista explicitamente na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estadual, sendo enfatizadas pela norma infraconstitucional em epígrafe, não podendo em nenhum momento se apor a outra função senão a de investigar.

### **1.2. Lei Estadual nº 3.437/1975 e a competência estrita da Polícia Judiciária**

O Estatuto da Polícia Civil, regido pela Lei Estadual nº 3.437, de 25 de junho 1975, com a alteração dada pela Lei Estadual nº 6.276, de 11 de outubro de 2001 e, por conseguinte, da Lei Estadual nº 6.788, de 27 de dezembro de 2006, definiu as atribuições e a competência da Polícia Civil do Estado de Alagoas.

Atualmente, a Polícia Civil de Alagoas é dividida em 03 (três) categorias: (i) Delegado de Polícia; (ii) Agente de Polícia e (iii) Escrivão de Polícia. Cada categoria possui sua competência e sua finalidade, seguindo como base os ensinamentos do Estatuto da Polícia Civil.

O art. 15, da Lei Estadual nº 3.437/1975 assevera que ao Delegado de Polícia compete:

[...] dirigir órgãos executivos de operações policiais, chefiar a execução ou executar investigações relacionadas com a prevenção e repressão de ilícitos penais; instaurar e presidir inquéritos policiais e processos contravencionais. Formalizar prisão em flagrante; informar pedidos de habeas-corpus; representar à autoridade judiciária sobre a necessidade ou ocorrência de prisão preventiva de indiciados em inquéritos; executar missões de caráter sigiloso e ações de interesse da segurança.

Já o art. 18 expõe que cabe ao Escrivão de Polícia:

[...] dar cumprimento às formalidades processuais; lavrar termos, autos e mandados; observar os prazos

necessários ao preparo, ultimação e remessa de inquéritos processuais; preparar o expediente; preparar certidões; acompanhar a autoridade policial, quando determinado, nas diligências extras; executar a escrituração de livros.

E, por fim, ao Agente de Polícia, nos termos do art. 19 compete:

[...] investigar atos e a fatos que caracterizam ou possam caracterizar infrações penais; executar intimações, notificações a indiciados, vítimas, testemunhas, proceder busca de informações; executar atividades necessárias à prevenção e repressão de infrações penais; executar outras atividades julgadas necessárias ao esclarecimento de infrações penais; executar a segurança de autoridades.

Depreende-se dos dispositivos supracitados que, em nenhum momento, as normas dispõem como competência da Polícia Judiciária a guarda e a custódia de presos.

### ***1.3. A Lei Federal nº 7.210/1984 e a competência legítima da custódia de presos***

De pronto mostra-se límpido que esta Instituição Policial não possui a **obrigatoriedade** e o dever de **custodiar, escoltar, remover e/ou cuidar de presos**, sendo tal responsabilidade atribuída, **pelos princípios da especialidade e da legalidade**, a Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS, conforme disciplina a Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), em especial em seu artigo 82 “os **estabelecimentos penais** destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao **preso provisório** e ao egresso”. (grifo nosso)

Importante enaltecer o que bem leciona CASTRO (2016) ao abordar sobre o tema (obrigatoriedade da administração penitenciária a custódia de presos), onde explana cuidadosamente o papel do Sistema Prisional como único órgão que possibilita, dentro de seu quadro de pessoal, treinamento e capacitação na custódia e remoção de presos.

[...] a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) norteia a atividade estatal de custódia de presos, incumbindo tal tarefa à administração penitenciária. [...] **O detido só deve ficar recolhido na unidade policial durante o tempo estritamente necessário para a finalização do flagrante (em até 24 horas — artigo 306, parágrafo 1º do CPP)** ou para o cumprimento do mandado de prisão cautelar. (grifo nosso)

Em Alagoas, como já abordado inicialmente, os estabelecimentos prisionais são geridos pela Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS e, conseqüentemente, os seus servidores (agentes penitenciários) possuem a legitimidade de custodiar e remover presos. Assim, pensamento contrário e atitudes distintas ao que as leis dispõem configuram flagrante abuso de direito, passivo de penalidade aos responsáveis que contribuem omissiva ou comissivamente na arbitrariedade de se exigir da polícia judiciária o cuidado de presos.

## **2 A CUSTÓDIA DE PRESOS NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DE ALAGOAS E ASPECTOS GERAIS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL ALAGOANO**

Em que pese à vasta legislação vigente, a Polícia Judiciária do Estado de Alagoas continua a custodiar presos, dentre os locais onde há grande incidência e superlotação de presos estão as Unidades de **Igreja Nova, Novo Lino, Central de Flagrantes I, Central de Flagrantes II (CODE) e Central de Flagrantes (Arapiraca)**, além de outras unidades da polícia civil. O presente artigo dará ênfase à competência da SERIS no dever de cuidado dos presos, bem como tratará sobre o desvio de função de policial civil e falta de gestão na segurança pública em Alagoas.

### ***2.1. Competência e atribuições da Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS***

Antes de possuir a sobredita denominação e converter-se em Secretaria, a SERIS passou por diversas transformações, inclusive, anteriormente, denominada pela Lei Delegada nº 44/2011 de Superintendência Geral de Administração Penitenciária (SGAP). Atualmente,

em 11 de agosto de 2015, foi publicada no Diário Oficial do Estado de Alagoas a Lei Delegada nº 47, criando a Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (SERIS) e tornando-a responsável pela administração penitenciária.

É no artigo 3º, do Decreto Estadual nº 49.051, de 22 de junho de 2016, que dispõe sobre o regimento interno da SERIS, que podemos vislumbrar sua competência e suas atribuições, *ad litteram*:

Art. 3º A Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS tem por finalidade:

I – administrar o Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas;

II – assegurar o cumprimento da política nacional penitenciária e da legislação pertinente, no âmbito estadual, planejando, coordenando, controlando, gerindo e executando projetos e programas, com a finalidade de tornar o Sistema Penitenciário do Estado autossustentável;

[...]

V – desenvolver programas de educação e profissionalização do reeducando, objetivando seu reingresso na sociedade; e

VI – manter e administrar o Centro Psiquiátrico Judiciário, promovendo condições para garantir saúde, proteção e recuperação dos inimputáveis e dos toxicômanos do Sistema Penitenciário.

Têm-se claramente, atrelado a Lei de Execuções Penais, que compete tão somente à SERIS/AL, a organização, administração e cuidado com os presos provisórios e já sentenciados, inclusive os presos cautelares.

Segundo informações dadas no sítio eletrônico oficial da SERIS, em seu **organograma**, o sistema prisional alagoano se divide em: (i) Penitenciária Masculina Baldomero Cavalcanti de Oliveira – PMBCO; (ii)



Presídio Professor Cyridião Durval da Silva – PPCDS; (iii) Presídio do Agreste – PA; (iv) Presídio de Segurança Máxima – PreSM; (v) Colônia Agroindustrial São Leonardo – CASL; (vi) Casa de Custódia da Capital – CCC; e (vii) Centro Psiquiátrico Judiciário Pedro Marinho Suruagy, **todos com o objetivo único de receber presos provisórios e condenados em definitivo.**

Existem ainda 02 (duas) unidades destinadas a presos, sendo o **Núcleo Ressocializador da Capital** e o **Presídio Desembargador Luiz de Oliveira Souza**(Arapiraca), este último se encontra desativado.

## ***2.2. O flagrante desvio de função do policial civil em Alagoas e a atuação do Ministério Público e Defensoria Pública no combate as irregularidades***

Um dos maiores princípios que rege a Administração Pública e que tem como principal função orientar e garantir a perfeita execução da norma, é o princípio da legalidade estrita. Tal princípio representa absoluta subordinação e obediência do Poder Pública à norma jurídica.

Conforme já observado por MELLO (2000, p. 748), a violação de um princípio é muitas vezes mais gravoso do que ir de contra a própria norma.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico andamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Neste contexto, o princípio da legalidade implica em afirmar que:

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode

afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2009, p. 89)

Ainda sobre o tema ROSA (2003, p. 11) exorta que:

Ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador somente o que estiver permitido pela lei (em sentido amplo). Não há liberdade desmedida ou que não esteja expressamente concedida. Toda a atuação administrativa vincula-se a tal princípio, sendo ilegal o ato praticado sem lei anterior que o preveja [...] Do princípio da legalidade decorre a proibição de, sem lei ou ato normativo que permita, a Administração vir a, por mera manifestação unilateral de vontade, declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações.

Dadas as breves explanações temos que a Polícia Judiciária do Estado de Alagoas vive praticando constantemente ilegalidades, mormente pela imposição do Governo do Estado e suas Secretarias, criando como método paliativo e danoso às atividades típicas da polícia civil, a obrigatoriedade da custódia de presos.

Há um flagrante desvio de função do policial civil em Alagoas que a todo instante se vê compelido a exercer funções estranhas ao seu cargo, colocando os membros da instituição numa situação de perigo ante as condições e a ausência de treinamento para custodiar presos de grande periculosidade. Os órgãos da Justiça, dentre eles a Defensoria Pública e o Ministério Público vêm atuando energicamente no combate a essas imposições ilegais, por meio de ações judiciais (Ação Civil Pública), angariando êxito no Poder Judiciário.

Numa ação, tombada sob o nº 0800006-50.2018.8.02.0021, proposta pelo Ministério Público do Estado de Alagoas junto ao Juízo de Direito da Vara do Único Ofício de Maribondo - Alagoas, o Magistrado Bruno Araújo Massoud decidiu pela interdição da Delegacia de Maribondo expondo, acertadamente que:

**[...] é cediço que a custódia de presos não pode ser realizada pela polícia judiciária; dado que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal não lhe atribuíram o exercício da atividade penitenciária. [...] a LEP, em seu título quarto, ao dispor sobre os estabelecimentos penais não inclui as delegacias de polícia; tendo em que vista que evidentemente não são ambientes destinados à permanência de presos ainda que provisórios. (grifo nosso)**

O Juiz de Direito da Comarca de Minador de Negrão - Alagoas, Edivaldo Landeosi, nos autos da Ação Civil Pública - ACP nº 0000727-90.2012.8.02.0006, promovido pelo Ministério Público registrou, *in verbis*.

**[...] delegacia de polícia não é local adequado a permanência de presos, ainda que provisórios [...] Ora, o Estado só pode combater exitosamente as organizações criminosas ou até mesmo os pequenos delitos tão costumeiros na sociedade alagoana mediante a adoção de políticas públicas e de investimentos nas áreas de logística e infra-estrutura capazes de dotar a polícia judiciária de condições de trabalho que lhe possibilite pôr em prática as suas capacidades intelectuais. (grifo nosso)**

Da mesma forma, na ACP nº 0000103-20.2012.8.02.0013 de autoria da Defensoria Pública, a Juíza de Direito da Vara do Único Ofício de Igaci – Alagoas, Marina Gurgel da Costa, determinou a interdição imediata das celas da Delegacia de Igaci, em razão das “condições gravíssimas que afetam, de forma avassaladora, aquele recinto, inviabilizando, sobretudo, a garantia de custódia dos presos”.

Assim, conforme abalizado no capítulo anterior e enfatizado pelo Judiciário, compete ao Sistema Prisional, por meio da SERIS, a gerência e a custódia de presos.

## CONCLUSÃO

É patente que a dificuldade enfrentada pela Polícia Judiciária de Alagoas não se dá pela ausência de norma regulamentadora, mas sim em razão de políticas públicas e institucionais que protelam na solução do problema. Não se pode permitir a custódia de presos pela Polícia Judiciária, tanto pelo que preestabelece a norma constitucional e infraconstitucional, como pela ausência de preparo técnico por parte dos policiais que corresponde a um verdadeiro risco a vida dos presos e do policial civil.

Assim, entende-se que a custódia de presos a cargo dos policiais civis releva-se inconstitucional e imoral, que se constituindo em uma reiterada anomalia praticada pela gestão estatal pode e deve ser corrigida com a criação de novos estabelecimentos prisionais e a realização de concurso público para o cargo de agente penitenciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGOAS (Estado). Lei Estadual nº 3.437, de 25 de junho de 1975. **Estatuto dos Policia Civis de Alagoas**. Disponível em: <<http://pc.al.gov.br/home/legislacao/>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Estadual nº 6.441, de 31 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre a estrutura organizacional da Polícia Civil do Estado de Alagoas**. <<http://pc.al.gov.br/home/legislacao/>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário de Alagoas. **Juízo de Direito da Vara do Único Ofício de Maribondo. Ação Civil Pública – ACP nº 0800006-50.2018.8.02.0021**. Juiz Bruno Araújo Massoud. Disponível em: <<https://www2.tjal.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário de Alagoas. **Juízo de Direito da Vara do Único Ofício de Igaci – Alagoas. Ação Civil Pública – ACP nº 0000103-20.2012.8.02.0013**. Juíza Marina Gurgel da Costa. Disponível em: <<https://www2.tjal.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário de Alagoas. **Juízo de Direito da Vara do Único Ofício de Minador do Negrão – Alagoas. Ação Civil Pública – ACP**

nº 0000727-90.2012.8.02.0006. Juiz Edivaldo Landeosi. Disponível em: <<https://www2.tjal.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS. **Constituição do Estado de Alagoas de 1989**. Disponível em: <<http://www.seris.al.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.seris.al.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais**. Revista Conjur, publicado no dia 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Custódia de presos em delegacias é aberração que precisa acabar**. Revista Conjur, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/academia-policia-custodia-presos-delegacias-aberracao-acabar>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CORRÊA, Vanessa Pitrez de Aguiar. **O Papel da Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito**. Revista CEJ, V. 12 nº 43 out/dez.2008 Disponível em:

<[www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1069/1211](http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1069/1211)>.

Acesso em: 05 mai. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

#### NOTAS:

[1] [1] Artigo científico exigido pela Faculdade Futura de Ensino / FAVENI, para obtenção de Especialista em Gestão em Segurança Pública. Texto aprovado com nota 9.00 e elaborado no mês de junho/2018.

## A INEXISTÊNCIA DO DIREITO À FUGA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

**ROBYSON DANILO CARNEIRO:** Servidor Público do Estado do Paraná, Bacharel em Direito, pós-graduado em processo penal e aluno de pós-graduação em Direitos Humanos e Cidadania - UEPG.

**RESUMO:** O presente artigo propõe-se a analisar o famigerado *direito à fuga*, apresentado por algumas pessoas como garantia, sendo supostamente embasado pelo direito constitucional à liberdade. De início, será apresentado um conceito de fuga e seus sinônimos, previstos em nosso ordenamento jurídico, como a evasão. Em seguida, serão estudados alguns tipos penais, que embora não se proponham unicamente a coibir a fuga, servem de amparo na busca pela relativização desse instituto. Embora não se encontre no direito penal a proibição da fuga para o indivíduo que cumpre pena restritiva de liberdade, trata-se de matéria restringida em âmbito administrativo pela Lei de execução penal. Verificar-se-á ainda, que alguns dispositivos que compõem a aplicação das excludentes de ilicitudes previstas no Código Penal, não podem ser entendidas como autorizantes ou incentivadoras à fuga. Por fim, serão analisadas decisões dos órgãos do Judiciário, que corroboram com o entendimento da inexistência desta prerrogativa.

**Palavras-chave:** Excludentes de ilicitude. Fuga. Lei de execução penal. Liberdade.

---

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade principal estudar o instituto do *direito à fuga*, supostamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda será objeto deste estudo, a desconstrução do embasamento desta garantia no direito à liberdade, importante preceito constitucional.

Este curioso tema, merece um exame mais aprofundado, pois como será demonstrado, a não existência de tipo penal direcionado a coibir

unicamente a conduta relacionada a fuga, não significa torna-la um direito, pois trata-se de conduta reprovável no âmbito administrativo, entre outras hipóteses

Nessa conjuntura, serão apresentados os conceitos de fuga e seus sinônimos legais, verificando-se inclusive, a inexistência de qualquer previsão constitucional para esse tema. Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, possui diversos dispositivos que visam proteger os encarcerados em nosso país.

A rigor, em que pese os excludentes de antijuridicidade serem ferramentas úteis para a proteção do cidadão, quando da ausência do Estado, não pode isso possibilitar o abuso por parte de quem faz uso dessas ferramentas.

Nesse sentido, o fato do excesso não ser permitido quando da aplicação das excludentes, conforme previsão legal, não é possível concluir, que se está atribuindo ao preso ou ao autor de crime, o *direito à fuga*.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 A FUGA

A fuga encontra-se presente em nosso ordenamento jurídico em diversos textos legais, devendo ser equiparada para fins de análise legal, a evasão: "*Evadir-se* significa fugir ou escapar da prisão." [1]

Ainda nesse mesmo sentido ensina Mirabete: "*Evadir-se* é fugir, é subtrair-se à custódia ou guarda de outrem." [2]

Nesse sentido inicial, percebe-se que se trata tal instrumento, de situação relacionada ao indivíduo que se encontra em restrição de liberdade, legalmente exercida pelo Estado, ou em cometimento de conduta criminalmente reprovável, sujeita a prisão.

### 2.2 PROIBIÇÕES LEGAIS À FUGA

À partir da verificação do significado de fuga, constatam-se duas situações principais em que tal fenômeno poderá ocorrer: em primeiro



lugar a clássica posição do indivíduo que se encontra encarcerado, privado de sua liberdade, sob custódia do Estado.

Além dessa primeira possibilidade, verifica-se a situação de fuga, por parte da pessoa em cometimento de delito (flagrante), ou que possui contra si, um mandado de prisão, resistindo ao cumprimento deste.

Aquele que se encontra encarcerado, sob tutela do Estado, e se põe em situação de fuga, se utilizando de violência, estará cometendo crime, com previsão legal, já que a prática está tipificada no artigo 352 do Código Penal:

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência. [3]

Sobre o tema, o professor Rogerio Greco aponta:

A legislação penal brasileira não pune a evasão ou mesmo a simples tentativa de evasão do preso ou do indivíduo submetido a medida de segurança detentiva. O fato somente passa a ter relevância para o Direito Penal quando, para fugir, o agente utiliza violência contra a pessoa, conforme o disposto no art. 352 do Código Penal. [4]

Verifica-se nesse caso a prática de crime, que praticado mediante violência contra a pessoa, sujeitará o infrator às medidas penais. Porém, não se pode acreditar que seja intenção do legislador, proibir simplesmente a violência, e sim o conjunto entre esta e a fuga, pois crimes contra a pessoa, possuem tipificação no título I, da parte especial do Código Penal.

Embora, quando praticada de forma isolada, sem acréscimo de violência, a fuga por parte do preso não configure infração penal, esta sujeitará ao encarcerado sanções de caráter administrativo, com previsão na Lei de Execução Penal.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

**II - fugir.** [5]

Nessa linha de pensamento, posiciona-se o professor Rogério Sanches Cunha:

Alertamos, mais uma vez, que a fuga sem violência à pessoa não configura crime, podendo, eventualmente, constituir em falta grave, prevista no art. 50, II, da LEP; a fuga com violência contra a coisa (p. ex.: grade da cela) pode, conforme o caso, configurar crime de dano (qualificado se a coisa for pública). [6]

O artigo 50, II, da Lei de Execuções Penais, acima mencionado, constitui falta grave, e nos ensinamentos de Fernando Capez, tal conduta merece destaque:

(...) graves são as faltas relacionadas no art. 50 da LEP, dentre as quais destacasse a fuga. Embora não tipifique crime, **a fuga é urna grave violação dos deveres disciplinares do condenado**, ensejando punições na órbita administrativa. [7](grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, assinala Renato Brasileiro de Lima, salientando a inexistência do suposto *direito à fuga*:

**Pelo simples fato de a fuga não ser considerada crime, daí não se pode concluir que o preso tenha direito à fuga.** Tivesse ele direito à fuga, estar-se-ia afirmando que a fuga seria um ato lícito, o que não é correto, na medida em que a própria Lei de Execuções Penais estabelece como falta grave a fuga do condenado (LEP, art. 50, inciso II). [8] (grifo nosso)

Ainda no caso de indivíduo encarcerado que tenta fugir, pode-se verificar a possibilidade pelo agente público de uso de alguma ferramenta

para impedi-lo, não sendo legítimo porém, efetuar um disparo em direção ao preso, nesse sentido ensina Rogério Greco:

Muito se discute, também, com relação à atitude de policiais que, visando evitar a fuga de detentos em um presídio, atiram em direção aos fugitivos com a finalidade de matá-los. Como se percebe pela redação do inciso XLVI I do art. 5º da Constituição da República, não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Não pode, outrossim, o policial, sob o falso argumento de estar cumprindo o seu mister de evitar a fuga dos presos, atirar com a finalidade de matá-los. Eles não foram sentenciados à morte. **Assim, aquele que, mesmo tendo a finalidade de evitar a fuga, pratica tal conduta, não poderá alegar, em seu benefício, a excludente do estrito cumprimento de um dever legal, porque, como vimos, o cumprimento desse dever não se deu nos limites estritos impostos pela lei. [9] (grifo nosso)**

Claramente não se trata de garantir o *direito à fuga* do preso, mas sim, seu direito a vida. Caso utilize-se o policial de outro meio, não estaria incorrendo em ilegalidade ao evitar a evasão do preso.

O Código de Processo Penal embora não mencione a palavra "algema", dispõe que "não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de **tentativa de fuga do preso**", sinalizando com as hipóteses em que aquela poderá ser usada. Dessa maneira, só, excepcionalmente, quando realmente necessário o uso de força, é que a algema poderá ser utilizada, seja para **impedir fuga**, seja para conter os atos de violência perpetrados pela pessoa que está sendo presa. [10] (grifo nosso)

Nesse mesmo diapasão, situa-se a hipotética situação de tentativa de fuga, durante a “voz de prisão” emanada a suspeitos da prática de crime:

(...) não são raros os casos em que, durante uma prisão de suspeito da prática de crime, a polícia precisa agir com energia, justamente porque o perseguido resolve resistir, desferindo tiros contra os agentes policiais. Nesta hipótese, reagindo aos disparos e terminando por matar o suspeito ou **preso em fuga**, não se está diante da excludente de estrito cumprimento do dever legal, pois ninguém detém autorização da lei para matar outrem no cumprimento de um dever, especialmente no caso supra retratado. [11]

(grifo nosso)

Avançando nesse caminho, segue o estudo do professor Guilherme de Souza Nucci:

Situações de cumprimento de dever legal: constituem casos típicos de estrito cumprimento de dever legal as seguintes hipóteses:

(...) p) a violência necessária utilizada pela polícia ou outro agente público para prender alguém em flagrante ou em virtude de mandado judicial, quando houver resistência ou **fuga**. [12](grifo nosso)

Renato Marcão observa a possibilidade de uso da força para impedir a fuga:

**Em caso de tentativa de fuga** ou resistência à prisão determinada por autoridade competente, ainda que por parte de terceiros, o executor da prisão e as pessoas que o auxiliarem **poderão utilizar-se de força física**, na medida do indispensável para defender-se, vencer a resistência e efetivar a captura. [13] (grifo nosso)

Diante de todas essas situações, torna-se inviável entender a fuga como direito do indivíduo, mas sim um recurso ilegal.

Fernando Capez entende<sup>[14]</sup> que nesses casos estaríamos diante do que está previsto nos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal:

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou **de tentativa de fuga do preso.**

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, **resistência à prisão em flagrante** ou à determinada por autoridade competente, **o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência**, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. <sup>[15]</sup> (grifo nosso)

O texto dos supracitados dispositivos, demonstra que pode o autor de prisão se opor a resistência ou a tentativa de fuga por parte do suspeito.

Mais uma vez, afasta-se a ideia de direito, para a pessoa que tenta dificultar, ou resistir ao exercício legal da prisão.

### 2.3 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO À FUGA

Dentro dessa perspectiva e apoiando-se nos mesmos aparatos legais, segue posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

(...)A **fuga durante a ação policial legalmente autoriza o emprego da força**, nos termos dos arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal, e assim, na falta de provas de eventual excesso, os disparos efetuados caracterizam-se como atos praticados no estrito cumprimento do dever legal dos policiais e, para efeitos civis, no exercício regular de um direito reconhecido, o que sabidamente afasta a ilicitude da conduta (art. 188, I, do CC/02). 4. Pretensão indenizatória improcedente. Apelação conhecida e não provida. <sup>[16]</sup> (grifo nosso)

Não resta dúvida, que para efetuar disparos de arma de fogo contra alguém, faz-se necessário estar amparado pelo instituto da legítima defesa,

mas o uso de força contra quem foge, torna-se razoável em virtude de tudo que estudou-se até aqui.

Em concordância com esse posicionamento, apresenta-se decisão do STJ:

(...) O artigo 284 do Código de Processo Penal é norma de exceção, enquanto permissiva de emprego de força contra preso, que não admite, por força de sua natureza, interpretação extensiva, **somente se permitindo, a luz do direito vigente, o emprego de força, no caso de resistência a prisão ou de tentativa de fuga do preso**, hipótese esta que em nada se identifica com aquela outra de **quem, sem haver sido alcançado pela autoridade ou seu agente, põe-se a fugir**. Não há falar em estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a lei proíbe a autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente. [17] (grifo nosso)

Não se trata esse caso de coibir o uso de força por parte do Estado contra o fugitivo, mas legitimar este uso. Poderiam os policiais perseguir, fazer uso de meios não letais, técnicas de imobilização, ou outros meios (o laço do *cowboy*). Porém, efetuar disparos de arma de fogo, atenta obviamente, contra a vida da pessoa, conduta inaceitável portanto.

Frise-se, não se menciona na decisão judicial em momento algum, o direito de fuga por parte do fugitivo, mas o direito à vida por parte do indivíduo.

Abordando o artigo do Código Penal Militar (art. 180), que coíbe a evasão de preso exercida com violência, o Supremo Tribunal Federal, também contraria a existência do *direito à fuga*:

Habeas corpus. Penal. Crime militar. Evasão de preso mediante violência (art. 180, caput, CPM).

Pretendida não recepção desse dispositivo pela Constituição Federal. Descabimento. Inexistência de incompatibilidade com o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CF). **Relatividade do direito à liberdade.** Dever do preso de se submeter às consequências jurídicas do crime. **Inexistência de direito à fuga.** Ato ilícito. Fato que constitui falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84). Sujeição do preso a penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53, 118, I, e 127I, ambos da Lei nº 7.210/84). Ordem denegada.(...)

**6. Nem se alegue que haveria um suposto direito constitucional à fuga, decorrente do direito à liberdade.**

7. O princípio constitucionalmente assegurado da liberdade (art. 5º, caput, CF) não outorga ao paciente o direito de se evadir mediante violência, diante do interesse público na manutenção de sua prisão, legalmente ordenada, e na preservação da integridade física e psíquica dos responsáveis por sua custódia.

**8. O fato de a fuga constituir um impulso natural não a erige em um direito de quem já se encontra sob custódia,** diante de seu dever de se submeter às consequências jurídicas do crime.

9. Embora a fuga sem violência não constitua crime por parte do preso, constitui, tanto quanto a fuga com violência contra a pessoa, falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84), que o sujeita, além das penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53; 118, I, e 127, I, todos da Lei nº 7.210/84).

10. Nesse diapasão, **a fuga do preso definitivo ou provisório** (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84), **com ou sem violência contra a pessoa, constitui ato ilícito,** com reflexos

sancionatórios nos direitos do preso e na própria execução da pena. [18] (grifo nosso)

Ao relativizar o direito à liberdade, torna-se claro o entendimento de que a posição da pessoa em condição de preso, limita os direitos do indivíduo, impossibilitando a prática de determinadas condutas, mesmo quando não criminalizadas.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Preliminarmente, acredita-se ter apresentado neste breve estudo, elementos suficientemente capazes de demonstrar a ilegalidade da fuga, dentro das situações em que normalmente o tema é abordado, merecendo destaque duas situações relativamente distintas.

Em primeiro lugar, quando trata-se do preso (interno do sistema penitenciário, casas de custódia, cadeias, ou instituições do gênero) que não aceita sua condição, se opondo a tal situação das mais variadas formas, - pulando muros, fazendo túneis ou serrando grades, por exemplo – o indivíduo estará confrontando a legislação que trata do tema em nosso país, Lei de execução penal, cometendo falta grave, cometendo infração no âmbito administrativo sujeitando-se as sanções correspondentes.

Apresentou-se ainda nesse estudo, a situação do indivíduo que tem contra si uma ordem de prisão judicial, ou é surpreendido em flagrante delito, vindo a se opor a tal conjuntura, trazendo ao policial, ou a qualquer pessoa do povo que tenta efetivar a prisão, a possibilidade de empregar a força, agindo amparado em alguma excludente de ilicitude, conforme o caso, deixando claro que a fuga não trata-se de direito de ninguém.

A ideia de *Impulso Natural*, repudiada pelo Ministro Dias Toffoli, na decisão do STF aqui estudada, pode ser aceita no campo filosófico, mas jamais seria capaz de embasar o entendimento de que se trata a fuga, de um direito do indivíduo legalmente sujeito ao cerceamento de liberdade, imposto pelo Estado.

### **4 REFERÊNCIAS**



BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Disponível em .

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF. Disponível em .

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto nº 3689 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: .

\_\_\_\_\_. PODER JUDICIÁRIO. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: .

\_\_\_\_\_. PODER JUDICIÁRIO. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: .

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral 1**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTADO DO PARANÁ. PODER JUDICIÁRIO. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: .

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial – volume IV**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal militar comentado**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**NOTAS:**

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal militar comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 351.

[2] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 454.

[3] BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Disponível em . Acesso em 27 jun. 2018.

[4] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial – volume IV**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 701.

[5] BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF. Disponível em . Acesso em 26 jun. 2018.

[6] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 903.

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral 1**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 416.

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 41.

[9] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial – volume IV**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 701.

[10] CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 283.

[11] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 168.

[12] *Idem*.

[13] MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 821.

[14] Idem.

[15] BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto nº 3689 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: Acesso em 26 jun. 2018.

[16] TJPR, **Ap. Cv. 892573-9**, 2ª Câmara Cível, relatora: Josély Dittrich Ribas, j. em 2 out. 2012.

[17] STJ, **REsp 402419/RO**, 2001/2.200-2, 6ª Turma, relator: Min. Hamilton Carvalhido, j. em 20 out. 2003, publicado em 15 dez. 2003.

[18] STF, **HC 129936/SP**, 2001/0191236-6, 2ª Turma, relator: Min. Dias Toffoli, j. em 31 maio 2016, publicado em 15 jun. 2016.

## **O TRATAMENTO JURÍDICO DEDICADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELO DIREITO CIVIL NO QUE TANGE À CAPACIDADE JURÍDICA**

**MICHELY BORBA CORRÊA:** Bacharela em Direito pela UNIVALI - UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI.

**RESUMO:** Este artigo objetiva fazer uma análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações por ele inseridas nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, de forma a compreender a repercussão das mudanças no status da capacidade civil dos deficientes, com o fito de incluir a pessoa com deficiência na tomada de decisão dos atos de sua vida civil, no intuito de dar-lhe maior autonomia, inserção social, profissional e qualidade de vida, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e equidade. Conclui-se que pairam dúvidas acerca do tratamento jurídico que deve ser dispensado à pessoa portadora de deficiência mental, contudo, há a possibilidade de sua submissão à curatela, relativizando sua capacidade, e apresentar-se-á o novo modelo jurídico trazido pelo Estatuto, a saber, a Tomada de Decisão Apoiada, que deverá seguir de forma paralela a curatela e tem como escopo assistir aqueles que podem exprimir sua vontade, mas por alguma razão, encontram-se em situações vulneráveis.

Palavras-chave: Personalidade Civil; Capacidade Civil; Incapacidade; Pessoa com Deficiência

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE ANÁLISE ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3. SUJEITOS TUTELADOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 4. ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DAS ALTERAÇÕES FEITAS NOS ARTIGOS 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DEPOIS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 5. O RECONHECIMENTO DAS INCAPACIDADES E A AÇÃO DE CURATELA. 6. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA - TDA. 7. A SITUAÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE FORAM INTERDITADAS, SOB O REGIME ANTERIOR, MAS PODEM EXPRESSAR VONTADE (APLICAÇÃO TEMPORAL DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a capacidade civil da pessoa natural após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dada à significativa alteração legislativa em relação à incapacidade relativa e absoluta dos deficientes mentais.

Para tanto, serão analisados os impactos das mudanças legislativas que trouxeram novas garantias e ampliaram os direitos conferidos à pessoa com deficiência no tocante ao instituto da capacidade civil, desde a Convenção dos direitos da Pessoa com Deficiência, adotada pela ONU em dezembro de 2006 e ratificada pelo Brasil em 2008, até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2015.

Esta breve análise volta-se à apreciação da efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência no que diz respeito às alterações por ele inseridas nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, de forma a compreender a repercussão das mudanças no *status* da capacidade civil dos deficientes, com o intuito de incluir a pessoa com deficiência na tomada de decisão dos atos de sua vida civil, no intuito de dar-lhe maior autonomia, inserção social, profissional e qualidade de vida, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e equidade.

Iniciar-se-á com a abordagem do contexto histórico da internalização do Estatuto no ordenamento jurídico. Tendo em vista, que este é fruto da ratificação por parte do Brasil, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada em Nova York.

Seguir-se-á apresentando quais são os sujeitos tutelados pelo referido Estatuto, destacando-se o conceito trazido pela legislação em comento. Logo, após, serão tecidas algumas considerações doutrinárias a respeito das alterações feitas nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para finalizar, serão abordadas as novas diretrizes a respeito da curatela, e na sequência, apresentar-se-á o novo modelo jurídico trazido pelo Estatuto, a saber, a Tomada de Decisão Apoiada, que deverá seguir de forma paralela a curatela e tem como escopo assistir aqueles que podem exprimir sua vontade, mas por alguma razão, encontram-se em situações vulneráveis.

## **2. breve análise acerca do estatuto da pessoa com deficiência**

Em dezembro de 2006, “a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, um instrumento internacional de direitos humanos”, com objetivo de estimular “comprometimento e ação por igualdade, inclusão e empoderamento em todo o mundo”, entendendo que “as pessoas com deficiência continuam a deparar-se com barreiras na sua participação enquanto membros iguais da sociedade e violações dos seus direitos humanos em todas as partes do mundo”.<sup>[1]</sup>

O Brasil ratificou a referida Convenção com o Decreto Legislativo 186, em 2008 e, em 2009, por meio do Decreto 6.949, promulgou a “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”.<sup>[2]</sup>

Sendo que a Convenção além de proteger a pessoa com deficiência, tem como objetivo inclui-la em todas as áreas da sociedade. Analisando a referida legislação internacional, o juiz Temistocles Araújo Azevedo<sup>[3]</sup> faz o seguinte comentário em seu artigo:

O Objetivo da Convenção não é apenas proteger as pessoas deficientes, mas promover sua inclusão efetiva em sociedade. Ao definir uma pessoa com deficiência a Convenção estabelece expressamente que as deficiências não se encontram nas pessoas, mas na combinação de seu déficit de funcionalidade com barreiras sociais que obstruem sua participação na vida civil.

Posteriormente, a Lei nº 13.146/2015, cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobre o qual Nelson Rosendal<sup>[4]</sup> expõe que:

Em 7 de Julho de 2015 foi publicada a Lei n. 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contendo 127 artigos. A normativa entrou em vigor 180 dias após a sua publicação, com acentuada repercussão sobre todo o sistema jurídico, notadamente no plano do direito civil. O diploma legal materializa a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 13.12.2006, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Os autores Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto<sup>[5]</sup> corroboram afirmando que a lei em apreço possui “status” de emenda constitucional, uma vez que foi aprovada “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, nos termos do § 3º do artigo 5º da Carta Magna.

### **3. sujeitos tutelados pelo estatuto da pessoa com deficiência**

O artigo 2º da Lei nº 13.146/2015<sup>[6]</sup>, Estatuto da Pessoa com Deficiência, define quem são as pessoas tuteladas, a saber:

**Art. 2º.** Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento /de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

**§1.º** A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I** – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II** – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

**III** – a limitação no desempenho de atividades; e

**IV** – a restrição de participação.

**§2.º** O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

O conceito de pessoa com deficiência, apontado pelo referido Estatuto, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>[7]</sup> está “centrado na existência de uma menor valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independente de sua graduação”. Tal conceito não tem por escopo traçar a incapacidade civil, ao contrário, estabelece que a pessoa com deficiência goza, “plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais”.

No que diz respeito ao incapaz, reforçam os autores que a particularidade principal deste, observada pela legislação em comento, é a impossibilidade de se governar, o que significa dizer que lhes falta o autogoverno. Logo, a referida legislação dedicou a eles uma proteção mais sólida do que aquela dispensada às pessoas com deficiência que podem exprimir suas vontades.

Na visão dos autores supramencionados, a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vislumbra-se uma sistemática capaz de interagir “de forma intermediária entre os extremos” <sup>[8]</sup> (pessoa com e sem deficiência) e assegurar a dignidade humana a todas as pessoas, sob o prisma sensorial, psíquico ou físico.

No que tange às inovações pertinentes à capacidade civil dos sujeitos tutelados pelo referido Estatuto, o autor Flávio Tartuce<sup>[9]</sup> faz o seguinte destaque:

Em complemento, merece destaque o art. 6º da Lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização



compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar e existencial há uma inclusão plena das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, percebe-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência protege a pessoa com deficiência dentro das suas particularidades, especificidades e limitações e, entre uma das suas várias atribuições, apresenta uma nova perspectiva para o ordenamento jurídico, no que tange à capacidade jurídica da pessoa natural.

#### **4. ANÁLISE JURÍDICA acerca das alterações feitas nos artigos 3º e 4º do código civil de 2002, DEPOIS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002<sup>[10]</sup> passaram a vigorar com nova redação. Tais dispositivos foram modificados, conforme a tabela comparativa a seguir:

CÓDIGO CIVIL DE 2002 Antes da Lei 13.146/2015	CÓDIGO CIVIL DE 2002 Após a entrada em vigor da Lei 13.146/2015
<p><b>Art. 3º.</b> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p><b>I</b> – os menores de 16 (dezesseis) anos;</p> <p><b>II</b> – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p>	<p><b>Art. 3º.</b> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>

<p><b>III</b> – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	
<p><b>Art. 4º.</b> São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p><b>I</b> – os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos;</p> <p><b>II</b> – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p><b>III</b> – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p><b>IV</b> – os pródigos.</p> <p><b>Parágrafo único:</b> A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>	<p><b>Art. 4º.</b> São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p><b>I</b> – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p><b>II</b> – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p><b>III</b> – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p><b>IV</b> – os pródigos.</p> <p><b>Parágrafo único:</b> A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>

Frente à nova redação transcrita acima, pode-se constatar a retirada das pessoas com deficiência psíquica do rol dos absolutamente e dos relativamente incapazes, sendo que esses sujeitos de direitos tornaram-se livres do regime da curatela proposto pela ação de interdição. Após a entrada em vigor da legislação em comento, pode-se afirmar que a deficiência física ou mental, por si só, não é considerada incapacidade jurídica, seja absoluta ou relativa. O que confirma o exposto no artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que prevê: “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.<sup>[11]</sup>

Certo é que tais alterações ocorreram em resposta ao artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traçou o caminho da capacidade

plena para as pessoas com deficiência. Nesse sentido, acrescentam-se as palavras de Temistocles Araujo Azevedo:[\[12\]](#)

Bem se percebe que esse dispositivo nada refere acerca de atos de caráter patrimonial, referindo direitos de marcada dimensão existencial. O art. 4º, da Lei 13.146/2015, complementando, estabelece o direito à igualdade do portador de deficiência. Assim sendo, conclui-se que não existe mais nenhuma pessoa dotada de deficiência, enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto considerada incapaz desde logo, seja a incapacidade absoluta ou relativa.

Tais modificações são consideradas pela doutrina como revolucionárias, no sentido de promoverem a inclusão social em favor da dignidade da pessoa humana, fato este que pode ser confirmado nas palavras de Flávio Tartuce[\[13\]](#):

[...] a norma foi substancialmente alterada pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que revogou os três incisos do art. 3º do Código Civil. [...] houve uma verdadeira *revolução na teoria das incapacidades*, praticadas pelo citado Estatuto. [...] Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a *dignidade-liberdade*, deixa-se de lado a *dignidade-vulnerabilidade*.

Essas alterações fizeram com que a teoria das incapacidades do Código Civil se adaptasse às regras e princípios da Convenção de Nova Iorque e à Constituição da República. Proporciona-se no campo prático abolir a "perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma insuficiência psíquica ou intelectual". A partir desse advento, entra em cena a "*pessoa humana plenamente capaz*".[\[14\]](#)

Sensíveis a essa alteração, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>[15]</sup>, fazem a seguinte reflexão:

[...] Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental.

Pode-se perceber que os autores acima mencionados observam as alterações advindas da Lei nº 13.146/2015 pela ótica do princípio da dignidade humana e, por consequência, traçam suas diretrizes alicerçadas no acerto da referida lei em apresentar para a legislação civilista um fator principal para aferir-se a capacidade jurídica, a saber, a humanidade de cada pessoa.

Nesse sentido, os autores ressaltam que “por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, em especial as que dizem respeito às suas crenças, preferências, vontades, valores e afetos” <sup>[16]</sup>, em uma esfera concordante com o seu verdadeiro estado físico e mental. Em outras palavras, no sentido de valor, o *status personae* não se reduz à capacidade intelectual do indivíduo, mas está diretamente relacionado à completude das suas necessidades fundamentais, aquelas ligadas a sua existência.

Vale ressaltar, nesse ponto, as considerações tecidas pelos doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>[17]</sup>, no que tange ao tratamento jurídico dispensado à pessoa com deficiência pelo Código Civil de 2002, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a saber:

[...] ao contrário do que afirmava a redação original do Código Civil (que em visão simplista, permitia a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à dignidade, à igualdade e à não discriminação traz a reboque o direito à *singularidade*, que não é outra coisa senão o direito de ser diferente. Por isso, deficiência (física ou psíquica), por si só, não gera

incapacidade jurídica; e nem toda pessoa incapaz juridicamente é, necessariamente, deficiente. [...] A síntese da situação é facilmente percebida: o Estatuto da Pessoa com Deficiência almeja compatibilizar a teoria das incapacidades com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas ou sociais decorrentes.

Como exposto anteriormente, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do Código Civil de 2002 passou a contemplar apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, consubstanciada em critério objetivo, ou seja, com base na idade. Assim, passam a ser apresentados como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos de idade. No tocante ao critério etário escolhido pelo legislador, abordou-se esta temática no capítulo 2 da presente pesquisa.

Considera-se importante insistir que desde a referida modificação, as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes. "O critério médico, até então utilizado, foi suplantado por um critério meramente objetivo, etário".<sup>[18]</sup>

Na intenção de seguir elucidando o tema, ressaltam-se os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho<sup>[19]</sup> a respeito dos deficientes físicos: "Os deficientes físicos não são incapazes tão somente em virtude da deficiência. O cego e o surdo-mudo, por exemplo, são pessoas capazes", pois conduzem seus negócios e interesses e não precisam de representantes ou assistentes para o exercício de atos ou negócios jurídicos. Remarca o autor que na sociedade democrática atual, aqueles que possuem necessidades especiais "titularizam os mesmos direitos civis que a generalidade das pessoas".

Assim, entende-se que não há motivos para opor, negar ou limitar a capacidade destas pessoas, sob a justificativa de que não estão aptas para tomarem decisões por si mesmas.

Completando essa linha de raciocínio, continuam as reflexões de Fábio Ulhoa Coelho[20], no seguinte sentido:

[...] os que têm deficiência física são capazes ou incapazes exatamente nas mesmas situações que as demais pessoas. Assim, alcançando 16 anos completos, tornam-se relativamente incapazes, e, chegando aos 18 anos, alcançam a maioridade e a plena capacidade. Perdem-na se não puderem mais comunicar sua vontade, por qualquer razão, ainda que transitória; se se tornarem ébrios habituais ou viciados em tóxicos, se se mostrarem pródigos na administração de seus bens e assim por diante.

Contudo, o doutrinador[21] dá destaque à diferença existente entre o deficiente físico e o mental, haja vista que o deficiente mental até o ano de 2015 era elencado no rol dos absolutamente ou relativamente incapazes. Na visão do autor, isto não significava a exclusão destas pessoas, mas expressava um viés de discriminação. Apesar de a legislação classifica-lo como incapaz na tentativa de protegê-lo. Nessa seara:

A deficiência mental é um conceito extremamente largo que abarca um sem-número de estados com significativas diferenças. Distinguem-se, quanto ao nível de inteligência do deficiente, três níveis de deficiência mental: profunda ou severa (Quociente de Inteligência até 35), moderada (QI entre 36 e 52) e leve (QI entre 53 e 70). Quanto ao aproveitamento, os deficientes mentais classificam-se em totalmente dependentes (necessitam de assistência permanente, inclusive nos atos mais simples, como vestir e comer, e não têm noção de perigos relacionados a fogo, altura, trânsito), adestráveis (podem executar algumas tarefas simples e cotidianas, têm noção de certos perigos e são capazes de aprendizados rudimentares) ou educáveis (podem aprender, embora com muito atraso, esforço e lentidão, a ler e realizar operações matemáticas singelas; comunicam-se e podem trabalhar) [...] [22]

Como já mencionado, a pessoa com deficiência mental não é mais considerada incapaz, a não ser "nas demais hipóteses de incapacidades previstas em lei". [23]

Quanto às hipóteses de incapacidade relativa trazidas pela nova redação do Código Civil de 2002[24], a respeito da pessoa com deficiência,

pode-se apontar que a nova redação do artigo 4º do Código Civil de 2002 suprimiu as pessoas elencados na segunda parte do inciso II, isto é, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, sendo que estes últimos estavam elencados no inciso III. Além da retirada destas pessoas, a nova redação do artigo 4º do Código Civil de 2002, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, elencou no seu rol de relativamente incapazes, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade (inciso III, nova redação).

Acerca deste grupo de pessoas acrescentado no rol dos relativamente incapazes, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>[25]</sup> esclarecem que não há diferença se a incapacidade é transitória ou definitiva. As pessoas que não puderem expressar suas vontades estarão assistidas por um curador, que as ajudará na prática dos atos da vida civil. Pode-se citar como exemplo de incapacidade relativa por esse motivo, a pessoa que mesmo de forma temporária, encontra-se internada em Unidade de Terapia Intensiva, sem condições nenhuma de expressar a sua vontade. Essa hipótese está desvinculada do pressuposto de uma deficiência mental. No entanto, é imprescindível constatar “uma possível correlação entre a impossibilidade de manifestação de vontade e uma deficiência física ou mental”.

Sendo tal apuração necessária para apresentar o elo existente entre a teoria da incapacidade e as pessoas com deficiência psíquica ou física. Uma pessoa com deficiência, casualmente, poderá estar impedida de manifestar a sua vontade por alguma situação pessoal. Nesse caso, a pessoa que não pode exteriorizar os seus desejos será considerada relativamente incapaz, como exemplo, uma pessoa sem nenhum discernimento mental.

É evidente que certas enfermidades ou “estado psicológico do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano, impossibilitando a manifestação de vontade”, por isso, a intenção do legislador em identificar tais pessoas como relativamente incapazes. Sendo que nesse exemplo, a causa incapacitante “não reside na patologia ou no estado psíquico, mas na impossibilidade de exteriorizar a vontade”.<sup>[26]</sup>

Ainda acerca desta modificação proporcionada no rol dos relativamente incapazes, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade, acrescenta-se a essa pesquisa os apontamentos de Fabio Ulhoa Coelho[27]:

[...] Inclui-se nessa hipótese, por exemplo, da deficiência profunda ou severa, que torna os deficientes totalmente dependentes da assistência alheia até a morte. Pode ser também o de alguns casos de deficiência moderada. Já se a deficiência mental é leve e não inibe, por completo, o discernimento, o deficiente não poderá ter a interdição decretada, porque se encontra em condições de exprimir a vontade. Ademais, determinados graus superiores de deficiência mental leve não impedem a pessoa de dispor de seus bens e interesses diretamente, ou de administrá-los, desde que não envolvam decisões complexas. Nessa hipótese, não há fundamento para suprimir ou limitar a capacidade do deficiente mental educável.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal[28], serão casos excepcionais que a “incapacidade jurídica pode alcançar uma pessoa com deficiência quando não puder exprimir sua vontade”. Para os autores, a inserção das pessoas com deficiência que não podem exprimir a sua vontade no rol dos relativamente incapazes traz uma nova “filosofia de tratamento”.

Na visão dos autores[29] supracitados, as alterações tecidas nesse sentido foram exitosas sob os seguintes aspectos:

[...] Corretamente, o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente, a ponto de justificar a curatela. O ser humano não mais será reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador de patologia psíquica. Frise-se à exaustão: o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar a sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma



esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução.

Em síntese, Fábio Ulhoa Coelho[30] enfatiza que “a deficiência mental que impede, temporária ou permanentemente, a pessoa de exprimir a vontade pode dar ensejo, de acordo com a extensão, à incapacidade absoluta ou relativa”.

Logo, deverá ser constatado cada caso de forma individual e específica, para que se cumpram os parâmetros balizadores impostos pelo legislador e nenhuma pessoa com deficiência seja privada de expressar aquilo que ela, por si só, é capaz de fazer. Consubstanciando-se de forma sólida, as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[31], que todo ser humano merece ser considerado *pessoa humana plenamente capaz*.

## **5. o reconhecimento das incapacidades e a ação de curatela**

Com base na nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, pode-se “extrair a existência de dois diferentes critérios determinantes da incapacidade, um deles objetivo (o critério etário) e o outro subjetivo (o critério psicológico)”. Para aferir-se a incapacidade no âmbito do critério objetivo, a situação é facilmente encontrada, uma vez que comprovada a idade imposta pelo legislador, a saber dezoito anos, constata-se o encerramento da incapacidade. Logo, aqueles que não completaram tal idade, são reconhecidos como incapazes[32].

Porém, para identificação da incapacidade consubstanciada no critério subjetivo faz-se necessário, haja vista que a incapacidade é medida excepcional, “o reconhecimento judicial da causa geradora da incapacidade, através de uma decisão judicial a ser proferida em ação específica, por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária”.

Acontecendo assim, a propositura da ação de curatela – “e não mais ação de interdição, para garantir o império da filosofia” internalizada pela Lei nº 13.146/2015. Enquadrando-se nesse caso, as pessoas elencadas no artigo 4º, inciso III, do Código Civil de 2002: “aqueles que, por causa

transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, cuja incapacidade deverá ser reconhecida pelo magistrado.[33]

Discorrendo sobre o tema da ação de curatela proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o doutrinador Flávio Tartuce[34], menciona que:

Estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Sendo assim, a curatela somente incide para os maiores relativamente incapazes que, na nova redação do art. 4º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como visto, não há mais a menção às pessoas com discernimento mental reduzido e aos excepcionais, tidos agora como plenamente capazes pelo sistema. De toda sorte, reafirme-se, [...] que a curatela não se confunde com a representação e com a assistência por ser instituto geral de administração de interesses de outrem. A curatela também não se confunde com a tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores, enquanto a primeira, à proteção dos maiores.

Ainda sobre o tema, o autor supramencionado[35], esclarece que a pessoa com deficiência será submetida ao regime de curatela somente de forma eventual e quando se fizer necessário. Destacando-se que conforme o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Sendo que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, conforme redação do artigo 6º da norma citada.

Desta feita, percebe-se que existem “limitações para os atos patrimoniais, e não para os existenciais, que visam a promoção da pessoa humana”. Tendo em vista, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe “que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”. [36]

De acordo com o novo regramento, entende-se que a sentença de curatela apresentará “uma forte carga argumentativa para justificar o projeto terapêutico individualizado, além de regulamentar a extensão da intervenção sobre a autonomia privada daquela pessoa humana”. [37]

Segundo Temistocles Araujo[38] Azevedo, “não há mais curatela total, voltada a proteger absolutamente incapaz”. Inicia-se a curatela parcial nos moldes do artigo 1.782 do Código Civil de 2002, e as circunstâncias “antes consideradas de deficiência mental e desenvolvimento mental incompleto não mais ocasionam incapacidades”.

Nessa seara, as alterações propõem a possibilidade de “*gradação da curatela*”, segundo os ensinamentos extraídos da obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[39], a saber:

[...] merece realce a relevante possibilidade (*rectius*, necessidade) de gradação da curatela devendo o magistrado, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, flexibilizar o grau e extensão da curatela de uma pessoa, ao perceber que existem elementos (mínimos que sejam) de compreensão e discernimento, em especial no que tange às situações afetivas e intelectuais. Do contrário, o juiz estaria comprometendo o exercício dos interesses existenciais do incapaz, no que tange à sua família, à sua sexualidade, à sua inteligência, dentre outros importantes aspectos do seu cotidiano. A depender do grau conferido, continuando a ilustração, o juiz poderia estar privando uma pessoa humana do exercício do direito ao trabalho, à educação e à liberdade, dependendo, sempre, da aquiescência de um terceiro (que pode não ter sensibilidade suficiente para perceber as necessidades pessoais de um portador de doença mental) para exercitar os seus direitos fundamentais.

Em linhas gerais pode-se afirmar que a curatela deverá ser concedida na proporcionalidade das necessidades do curatelado e respeitando à sua dignidade. Devendo a extensão da curatela, de modo proporcional, equivaler à necessidade de proteção que a pessoa com deficiência necessita. Logo, aqueles que não puderem exprimir qualquer vontade, receberão uma curatela mais ampla, enquanto, uma pessoa que tem um

determinado grau de compreensão, mas não pode exprimir sua vontade, receberá uma curatela com menor extensão.[\[40\]](#)

No entanto, existirão situações que a curatela não será invocada, uma vez que a pessoa não será considerada relativamente incapaz, como exemplo, a pessoa com deficiência que possui limitações no exercício do seu autogoverno, mas preserva, ainda que precariamente, a aptidão de expressar suas vontades e de se fazer compreender. Percebe-se que essas pessoas precisam de uma atenção diferenciada, com o foco de assegurar-lhes sua dignidade, é nesse cenário que surge a Tomada de Decisão Apoiada – TDA. Esse novo modelo jurídico é “dedicado à assistência da pessoa com deficiência que preserve a plenitude de sua capacidade”.[\[41\]](#)

A seguir, será explanado no próximo item, algumas noções introdutórias a respeito deste novo modelo jurídico de apoio às pessoas com deficiências que podem exprimir sua vontade, a Tomada de Decisão Apoiada – TDA.

## **6. noções introdutórias sobre a TOMADA DE DECISÃO APOIADA - tda**

A sistemática apresentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, determinou em seu artigo 115 que o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil passe a vigorar com a seguinte redação: “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”[\[42\]](#). Assim, acrescentou-se o artigo 1.783-A no Código Civil de 2002[\[43\]](#), que traz em seu caput a seguinte redação:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

No que se refere à Tomada de Decisão Apoiada, Nelson Rosenvald[\[44\]](#) ensina que “é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos, tanto na estrutura como na função”. Reflete a

ingerência que o Direito Constitucional exerce sobre a legislação civilista na tão esperada “personalização da pessoa humana”. Trata-se de “medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência”, sem suprimir ou retirar os seus anseios e desejos vitais. Segundo o autor, “é figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula à capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, livre do estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa”.

Ainda que o legislador tente adequar à tutela e a curatela ao “modelo personalista implantado pelo movimento do Direito Civil-Constitucional”, esses institutos são medidas que tendem a priorizar a proteção do campo patrimonial do incapaz. Logo, o ordenamento jurídico reclamava “por um modelo vocacionado a proteger uma pessoa plenamente capaz, porém vulnerável, por alguma circunstância pessoal, física, psíquica ou intelectual”. Para atender a essa necessidade, surge a Tomada de Decisão Apoiada, parametrizada pelo comando do artigo 1.783-A do Código Civil, citado anteriormente.<sup>[45]</sup>

No entendimento do autor, Nelson Rosenvald<sup>[46]</sup>, a Tomada de Decisão Apoiada “poderá beneficiar várias classes de pessoas, em diversos níveis de deficiência”. Abraçando um cenário que se estende desde as “pessoas com graves formas de incapacidade psíquica até sujeitos afetados por patologias meramente físicas”, sendo muito provável que a Tomada de Decisão Apoiada “será um instituto massificado em um país continental com mais de 20% da população comprometida por algum nível de deficiência”.

Ressalta o autor supramencionado que esse modelo jurídico beneficiará pessoas com limitações física ou sensorial, como exemplo, os tetraplégicos, os cegos, os sequelados de AVC, os obesos mórbidos e “portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de certos negócios e atos jurídicos”. <sup>[47]</sup> Sendo que essas pessoas “não serão interditas ou incapacitadas, pois a Tomada de Decisão Apoiada apenas promove a autonomia, sem cerceá-la”.

Privilegia-se, assim, o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida. Justamente o oposto do que podia antes acontecer, em algumas situações de curatela fixadas à revelia e contra os interesses do portador de transtornos mentais.<sup>[48]</sup>

Na tentativa de seguir elucidando o tema, considera-se oportuno trazer à baila a conclusão de Nelson Rosendal<sup>[49]</sup>:

[...] concluimos que a oportunidade de eleger apoiadores é vedada quando o beneficiário não portar o “espaço mínimo” de autodeterminação, mesmo quando a privação da vontade for temporária (v.g. estado comatoso). A tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo. Em razão dessa forçosa convivência, paulatinamente a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para apartar a sutil delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas. Desde já podemos cogitar das zonas cinzentas em que concorrem todos os pressupostos legais para a incapacitação judicial, porém, antes que se inicie o processo de curatela, o vulnerável delibera por requerer a tomada de decisão apoiada.

No que tange ao procedimento, a Tomada de Decisão Apoiada “será determinada pelo juiz por meio de procedimento voluntário, de competência da vara de família”, conforme artigo 723 do Código de Processo Civil de 2015. De acordo com o §1º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002, “para formular o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores”, a ideia é fornecer “qualidade de vida à pessoa com deficiência”, devendo os dois apoiadores preservar as necessidades e aspirações do beneficiário.

Igualmente, para os atos do dia a dia não será necessário o auxílio dos apoiadores, pois o apoio “é uma medida de natureza ortopédica, nunca amputativa de direitos”. O dispositivo mencionado também impõe que

desse termo deverá constar “o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”.[\[50\]](#)

Na sequência dos procedimentos cabíveis para o requerimento da Tomada de Decisão Apoiada, considera-se válido a transcrição dos ensinamentos de Flávio Tartuce[\[51\]](#):

O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem (art. 1.783-A, § 2.º, do CC/2002). Há, claramente, um procedimento judicial para tanto, pois o preceito seguinte determina que, antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar e após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (art. 1.783-A, § 3.º, do CC/2002). A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783 -A , § 4.0, do CC/2002). [...] Em complemento, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação comercial, pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (art. 1.783 -A, § 5.º, do CC/2002). Isso para que não parem dúvidas sobre a idoneidade jurídica do ato praticado, o que tem relação direta com o princípio da boa-fé objetiva.

Contudo, conforme o artigo 1.783-A, §6º do Código Civil de 2002, no caso de risco ou prejuízo relevante a qualquer uma das partes, advindo de determinado negócio jurídico, e houver divergência de opiniões entre um dos apoiadores e a pessoa apoiada, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. Nesse sentido, ensina o autor supramencionado que “eventualmente, poderá ele suprir a vontade de uma parte discordante”. [\[52\]](#)

Todavia, nesse ponto (artigo 1.783-A, §6º), o autor Maurício Requião[\[53\]](#) chama a atenção do leitor para a expressão “risco ou prejuízo relevante”, pois diante de tal redação, indaga-se: “E quando se tratar de negócio de menor monta, o que ocorre?”

Como resposta, o autor argumenta que para solucionar essa dúvida, basta ater-se a leitura da referida legislação, ou considerar uma interpretação sistemática da Lei nº 13.146/2015, pois a resposta encontra-se implícita no próprio texto da lei. Ora, se a lei especificou “que o juiz somente atuará, proferindo a decisão final sobre a controvérsia, nos casos em que o negócio pode trazer risco ou prejuízo relevante para o apoiado”, é porque se deve considerar que “nos demais casos prevalecerá à escolha do apoiado em detrimento das manifestações dos apoiadores”.

Justifica o autor<sup>[54]</sup> supracitado que tal solução está atrelada a ideia de “dar privilégio à autonomia do apoiado, até porque, não se perca de vista, a tomada de decisão apoiada só se constituiu a partir de interesse seu”. Contudo, pontua Maurício Requião, “que em caso de divergências entre o apoiado e o apoiador, seja útil a este buscar registrar a sua opinião contrária ao negócio realizado, para que no futuro não possa de alguma maneira vir a ser acusado de negligência na sua atuação”.

Outro detalhe importante no que tange as responsabilidades do apoiador, segundo leciona Maurício Requião<sup>[55]</sup> foi que se buscou “destacar que o papel do apoiador deve ser positivo ao sujeito que ele apoia, sendo aquele destituído a partir de denúncia fundada por qualquer pessoa ao Ministério Público ou ao juiz, caso haja o apoiador”, incidido nas situações dispostas no artigo 1.783-A, §7º do Código Civil de 2002, a saber: “negligência ou exerça pressão indevida sobre o sujeito que apoia”.

[...] Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (art. 1.783 -A, § 8.º, do CC/2002). A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, inclusive para os fins de tomada de novas decisões, de acordo com a sua autonomia privada (art. 1.783-A, § 9.º, do CC/2002). O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria (art. 1.783-A, § 1.º, do CC/2002). Por derradeiro, está previsto que se aplicam à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela (art. 1.783-A, § 11, do CC/2002).<sup>[56]</sup>



Ademais, não há impedimentos para uma pessoa vulnerável “ser submetida, preventivamente, a uma tomada de decisão apoiada para”, futuramente, se necessário, “ter reconhecida a sua incapacidade relativa, em procedimento judicial com prova efetiva de que não pode exprimir a sua vontade, passando a se submeter ao regime da curatela”.<sup>[57]</sup>

Devido a atualidade do tema, considera-se relevante para a presente pesquisa, acrescentar o direito comparado, pois muitas vezes estender o olhar para os sistemas jurídicos que já internalizaram a Tomada de Decisão Apoiada e verificar os resultados a estes pertinentes, permiti-nos extrair informações precisas para conhecer um pouco mais desse novo instituto. Para isso, trazem-se nesse momento, as considerações feitas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>[58]</sup> no que diz respeito ao sistema jurídico italiano:

Aliás, dos onze anos de experiência italiana com o instituto, extrai-se que, mais do que simplesmente promover uma reforma no sistema de incapacidades, a admissibilidade da administração apoiada, conforme expressão da lei da Itália serviu para uma verdadeira revolução institucional – reconhecida inclusive pela Corte Constitucional (9.12.05, n.40), por ter permitido o confinamento da curatela a um espaço residual. Realmente, a experiência demonstra que a curatela desempenha uma função patrimonial básica: a de solucionar problemas concretos como comprar, vender, alugar um imóvel e investir uma soma em dinheiro. À medida que o Estatuto da Pessoa com Deficiência supre essa finalidade, por meio de auxiliares tidos como apoiadores sem que a pessoa apoiada seja privada de sua capacidade de fato, a tendência inexorável é que no Brasil se reproduza o êxito do Código Civil da Itália.

### **7. a situação jurídica das pessoas com deficiência que foram interditas, sob o regime anterior, mas podem exprimir vontade (aplicação temporal do Estatuto da Pessoa com Deficiência)**

Incontroverso é o fato de que “o Estatuto da Pessoa com Deficiência impôs normas evidentemente existenciais, que alteram, significativamente, o estado de uma pessoa humana”. Desta forma, trata-se de norma referente

ao “estado de uma pessoa humana, por isso a sua vigência é imediata, alcançando, inclusive, as situações jurídicas consolidadas anteriormente”. Isso significa dizer, que as pessoas que foram interditadas sob a égide do regime anterior, reputadas incapazes por motivo psicológico, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passam a ser consideradas plenamente capazes. Logo, “a consequência natural dessa eficácia imediata é a plena capacidade da pessoa, independente da prática de qualquer ato”.[\[59\]](#)

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal[\[60\]](#), ensinam que “sob o ponto de vista prático, no entanto, até mesmo para permitir a prática de atos sem embaraços, pode ser interessante requerer ao juiz o levantamento da curatela”, nos moldes do artigo 756 do Código de Processo Civil de 2015. Sendo que o requerimento poderá ser formulado “pela própria pessoa curatelada, por qualquer familiar ou interessado e, também, pelo Ministério Público”. O pedido sendo acolhido, “o juiz cessará a curatela, reconhecida a absoluta e plena capacidade, porque aquela pessoa, embora com deficiência, pode exprimir a sua vontade”.

Quando se tratar de pessoa vulnerável, o mesmo procedimento utilizado para levantar a curatela poderá servir para o Judiciário determinar a Tomada de Decisão Apoiada, com a respectiva nomeação de dois apoiadores. “Nesse caso, a mesma decisão judicial que libertará a pessoa das amarras da incapacidade, poderá nomear os apoiadores, garantindo a sua proteção integral”.[\[61\]](#)

No caso das pessoas que eram tidas, anteriormente, como relativamente incapazes, mas que podem exprimir as suas vontades e desejos, “prescindindo da presença de apoiadores, o caso é, simplesmente, de lhe declarar o levantamento da curatela, para fins práticos, uma vez que o novo sistema já lhes garantiu, automaticamente, a plena capacidade”.[\[62\]](#)

No que diz respeito ao levantamento da curatela, acrescentam os autores, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal[\[63\]](#), que além de caber a qualquer interessado o pedido de levantamento da curatela, deverá ser dirigido ao mesmo juiz que reconheceu a incapacidade anteriormente,

sendo apensado aos autos originários, nos moldes do artigo 756, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Além do mais, o pedido de levantamento de curatela demandará “a realização de perícia técnica médica obrigatória, por médico ou por equipe multidisciplinar, consistente em exame de sanidade no curatelado”, com o intuito de verificar a cessação, ou não, da causa incapacitante. “Acatado o pleito, a decisão precisa ser publicada e averbada na forma dos artigos. 755, §3º, do Código Instrumental e 104 da Lei de Registros Públicos (publicada no site oficial do Tribunal respectivo e a plataforma do Conselho Nacional de Justiça)”, caso o pedido não for acolhido, a decisão deverá ser “publicada no órgão oficial de imprensa (Diário Oficial) por três vezes, com intervalo de dez dias”. [64]

Por todo o exposto, infere-se que a capacidade jurídica da pessoa natural após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência sofreu profundas modificações calcadas, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se dizer que a legislação civilista no que concerne a capacidade civil da pessoa humana moldou-se aos princípios constitucionais que fundamentam, o Estado Democrático de Direito brasileiro, ou seja, o direito à dignidade, à igualdade e à não discriminação, e permitiu a cada pessoa “o direito de ser diferente”, conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.[65]

Para finalizar, destaca-se que a incapacidade não mais será aferida simplesmente pela deficiência psíquica, mas se moldará a cada caso concreto, tendo como ponto de referência a possibilidade que uma determinada pessoa tem para exprimir, ou não, a sua vontade. Caso se confirme um ponto de incapacidade, esta deverá se restringir à moldura da relatividade, pois a partir deste advento, a moldura da incapacidade absoluta balizará apenas os menores de dezesseis anos. Garante-se, assim, de forma plausível, a dignidade da pessoa com deficiência.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discorrer sobre o surgimento dos direitos e garantias da pessoa com deficiência, a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, passando pelo Decreto Legislativo 186, em 2008, por meio do Decreto 9.649 até a edição da Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, observou-se a preocupação do legislador, no Brasil e nas Nações Unidas, em proteger e promover direitos iguais a todos os cidadãos, com suas limitações e especificidades, atendendo a todas as demandas sociais de respeito à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, importantes alterações relacionadas à capacidade civil foram incluídas na legislação civilista com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, fato este que se tornou objeto de análise da presente pesquisa.

No intuito de perquirir acerca das devidas modificações, apresentou-se, inicialmente, breve histórico da inserção do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico e focou-se nas alterações que este provocou nos artigos 3º e 4º do Código Civil, haja vista que tais modificações foram extremamente revolucionárias no que diz respeito à capacidade civil da pessoa natural.

Em complemento ao tema, discorreu-se de forma sucinta acerca do modelo jurídico de proteção proposto pelo Estatuto para caminhar de forma paralela à curatela, a Tomada de Decisão Apoiada, visto que por força da Lei 13.146/2015 o rol dos absolutamente incapazes fechou-se taxativamente nas pessoas menores de 16 anos. Logo, as pessoas com deficiência tornaram-se livres da interdição, do estigma de incapazes e poderão contar com esse novo modelo jurídico de proteção para serem cuidadas sem perderem sua autonomia.

Observou-se ao final que o Estatuto da Pessoa com Deficiência contribuiu para a consolidação dos princípios constitucionais que moldam o Estado Democrático de Direito sendo incorporados na legislação civilista, no que tange à capacidade jurídica da pessoa natural.

Tais modificações nessa seara outorgaram às pessoas com deficiência o direito à dignidade, à igualdade, à não discriminação e lhes proporcionou o direito de serem diferentes. Tal conquista aferida pela legislação em apreço, de considerá-los como absolutamente capazes pode ser vista como a retirada destas pessoas do anonimato, de uma esfera em que elas não podiam exprimir suas vontades, para um campo em que agora lhes é assegurado o direito de serem protagonistas de suas próprias histórias.

## 9. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Temistocles Araujo. **O estatuto da pessoa com deficiência e as incongruências ocasionadas pelas modificações ideológicas e legislativas no regime das incapacidades**: uma proposta de interpretação. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em: file:///D:/Downloads/Temistocles.pdf. Acesso em 12 jun. de 2017.

BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 13.146, de 06 julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 30 abr. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1.

ONUBR: **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/para-dirigentes-da-onu-inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-esta-no-centro-da-agenda-2030>. Acesso em: 21 abr. 2017.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência**. Revista de direito civil contemporâneo. p. 37-54, jan./mar. 2016. v.6.

ROSENVALD, Nelson. Material cedido pelo autor através de envio por endereço eletrônico.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

---

[1] ONUBR: **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/para-dirigentes-da-onu-inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-esta-no-centro-da-agenda-2030>. Acesso em: 21 abr. 2017.

3 BRASIL, **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 21 abr. 2017.

[3] AZEVEDO, Temistocles Araujo. **O estatuto da pessoa com deficiência e as incongruências ocasionadas pelas modificações ideológicas e legislativas no regime das incapacidades**: uma proposta de interpretação. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Temistocles.pdf>. Acesso em 12 jun. de 2017. p. 281.

[4] ROSENVALD, Nelson. Material cedido pelo autor através de envio por endereço eletrônico.

[5] FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 18.

[6] BRASIL. **Lei 13.146, de 06 julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em 30 abr. 2017.

[7] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1. p. 327.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 339.

[9] TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1. p. 130.

[10] BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Acesso em: 20 nov. 2016.

[11] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 328.

[12] AZEVEDO, Temistocles Araujo. **O estatuto da pessoa com deficiência e as incongruências ocasionadas pelas modificações ideológicas e legislativas no regime das incapacidades**: uma proposta de interpretação. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Acesso em 12 jun. de 2017. p.286.

[13] TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1. p. 129.

[14] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 328.

[15] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 328.

[16] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 328.

[17] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 329, 331.

[18] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 332.

[19] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 188.

[20] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 188.

[21] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 188.

[22] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 189.

[23] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 189.

[24] BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Acesso em 20 nov. 2016.

[25] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 335.

[26] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 335.

[27] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 189.

[28] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 335.

[29] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 336.

[30] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 190.



[31] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 328.

[32] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 347-348.

[33] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 348.

[34] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.455.

[35] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 85.

[36] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 85.

[37] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 348.

[38] AZEVEDO, Temistocles Araujo. **O estatuto da pessoa com deficiência e as incongruências ocasionadas pelas modificações ideológicas e legislativas no regime das incapacidades**: uma proposta de interpretação. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Acesso em 12 jun. de 2017. p. 290.

[39] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 349.

[40] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 348.

[41] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 349.

[42] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.474.

[43] BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Acesso em: 20 nov. 2016.

[44] ROSENVALD, Nelson. Material cedido pelo autor através de envio por endereço eletrônico.

[45] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 340.

[46] ROSENVALD, Nelson. Material cedido pelo autor através de envio por endereço eletrônico.

[47] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 340.

[48] REQUIÃO, Mauricio. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 6. p. 37-54, jan./mar. 2016. p. 09.

[49] ROSENVALD, Nelson. Material cedido pelo autor através de envio por endereço eletrônico.

[50] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 340-341.

[51] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.475.

[52] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.475.

[53] REQUIÃO, Mauricio. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 6. p. 37-54, jan./mar. 2016. p. 10.

[54] REQUIÃO, Mauricio. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 6. p. 37-54, jan./mar. 2016. p. 10-11.

[55] REQUIÃO, Mauricio. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com**

**Deficiência.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 6. p. 37-54, jan./mar. 2016. p. 11.

[56] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.475-1.476.

[57] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 342.

[58] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 343.

[59] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 342-343.

[60] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 343.

[61] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 343.

[62] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 343.

[63] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 363.

[64] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 363-364.

[65] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p. 329.