

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 865

(Ano X)

(04/08/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



03/08/2018 Luiz Flávio Gomes

» [Prisão após 2º grau: da anomia à anarquia](#)

ARTIGOS

03/08/2018 Jaques Bushatsky

» [Pneus para queimar ou para rodar?](#)

03/08/2018 Luciana Vieira Carneiro

» [O Estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos na capacidade civil](#)

03/08/2018 Douglas Belanda

» [Cessão de crédito e direito superveniente](#)

03/08/2018 Benigno Núñez Novo

» [Como escrever um artigo jurídico e publicá-lo](#)

02/08/2018 Laura Stefenon Fachini

» [O Princípio da Capacidade Contributiva e suas Funções: Pressuposto, Critério e Limite](#)

02/08/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Audiência de Custódia](#)

02/08/2018 Heitor José Fidelis Almeida de Souza

» [A "indústria da multa" em São Paulo: mito ou realidade?](#)

02/08/2018 Pamela Cordeiro Roza

» [Art. 149 do Código Penal: dos entraves enfrentados no controle do trabalho escravo no Brasil](#)

02/08/2018 Aline de Almeida Leite e Sousa

» [Instituto tributário intitulado Ouc Faria Lima](#)

01/08/2018 Anne Carolinne Tavares Pereira de Alencar

» [A legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas: os direitos](#)

[fundamentais sociais, a garantia do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível](#)

01/08/2018 Larissa Colangelo Matos Vidal

» [Cláusula penal: inadimplemento obrigacional e reflexos na responsabilidade civil contratual](#)

01/08/2018 Daniel Roberto Hertel

» [Suspensão da CNH, apreensão do passaporte, cancelamento do cartão de crédito do devedor e o novo Código de Processo Civil](#)

31/07/2018 Vitória da Costa Caruso

» [Perpetuidade ou Temporariedade dos maus antecedentes penais: uma análise das interpretações do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal](#)

31/07/2018 Jeannie Daier de Andrade

» [A Lei 11.343/2006 e as modalidades de prisão em flagrante](#)

31/07/2018 Larissa Colangelo Matos Vidal

» [Constituição: uma abordagem da concepção moderna à luz da doutrina de Niklas Luhmann](#)

31/07/2018 Antonio Sérgio Blasquez de Sá Pereira

» [Da inaplicabilidade do Decreto Federal 9.412/2018 aos Estados, Distrito Federal e Municípios](#)

30/07/2018 Tiago Baltazar Ferreira Dantas

» [Acordo de colaboração premiada e o Delegado de Polícia na visão do STF](#)

30/07/2018 Vitória da Costa Caruso

» [Responsabilidade Tributária do Administrador de Pessoa Jurídica](#)

30/07/2018 Eduardo Augusto Arteiro de Faria

» [Os Atributos das Licenças Edilícias - propondo uma nova abordagem](#)

30/07/2018 Natalia Bueno Bonifácio

» [Estudo sobre a constitucionalidade do sistema de distribuição de vagas por cotas nas universidades públicas](#)

PRISÃO APÓS 2º GRAU: DA ANOMIA À ANARQUIA

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

1. O Supremo Tribunal Federal, em 2016, violando letra expressa da Constituição, deliberou autorizar, conforme cada caso concreto, a prisão imediata do condenado após decisão de 2º grau. A decisão, além de “ativista” (porque criou regra nova no País), não foi unânime (6 votos a 5).

2. Os ministros “perdedores” não seguem a orientação de Rosa Weber, pró colegialidade. Para combater essa desordem nefasta é preciso uma Emenda Constitucional, que o Parlamento se recusa a aprovar, por razões óbvias (mais da metade dos parlamentares são investigados ou réus em processos criminais).

3. O mundo todo prende após decisão de 2º grau, daí a pertinência de se ajustar nossa Constituição, sem violar a cláusula pétrea da coisa julgada. Uma cláusula pétrea jamais pode ser extinta, mas pode ser modulada. Temos que definir na Constituição o que se entende por coisa julgada.

4. Quando o tema da prisão após 2º grau chega ao Plenário do STF via habeas corpus, a privação da liberdade é confirmada (o caso Lula é emblemático). Se o réu, lotericamente, cai na 2ª Turma, é prontamente liberado (caso Dirceu, para citar um exemplo).

5. A falta de regra firme para se respeitar, na Corte, a colegialidade gera anomia (ausência de norma certa ou ineficácia da norma existente). Isso é tudo que os donos corruptos do poder cleptocrata querem. Quanto mais desarmonia entre os juízes melhor para eles (melhor para a impunidade deles).

6. A distância que separa a anomia da anarquia (ausência de autoridade, de credibilidade, de governo, de comando) é muito pequena. A disfuncionalidade da jurisprudência brasileira (entendimento dos tribunais sobre um assunto) tornou-se pública e notória.

7. No STF, como temos visto, não é incomum cada ministro decidir à sua maneira. A bagunça está instalada. Às vezes, a vontade soberana de um ministro se sobrepõe à decisão da maioria (isso é feito pela via do pedido de vista, ou seja, retira-se o processo da pauta de julgamento, por tempo indeterminado).

8. O direito requer, para ser observado e respeitado pela população, estabilidade e previsibilidade. Nosso direito (Constituição, leis e entendimento dos juízes) tornou-se instável e imprevisível. A insegurança jurídica no Brasil atingiu níveis estratosféricos.

9. Isso constitui um dos motivos do nosso crescimento econômico ridículo nas últimas três décadas (menos de 1,5%, ao ano). A receita fatal para a destruição ou fracasso dos países é composta de instabilidade econômica, política e jurídica.

10. A anarquia jurisprudencial agrava-se a cada dia. O STJ (decisão de Laurita Vaz) acaba de decidir que pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, por exemplo) não pode ser executada após o 2º grau. Prisão, que é o mais, mesmo sem Emenda Constitucional, pode; restritiva de direitos, que é o menos, não. Perdeu-se por completo o senso de equilíbrio.

11. Réus na mesma situação recebem tratamentos completamente distintos. A execução da pena maior não autoriza a mesma regra para a pena

menor. O Judiciário está de ponta cabeça e isso se deve, muito, à indicação política para os tribunais. Temos que eliminar esse absurdo no Brasil. Num país cleptocrata a indicação política dos juízes é um desastre certo (como temos visto).

PNEUS PARA QUEIMAR OU PARA RODAR?

JAQUES BUSHATSKY: Advogado, diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), sócio correspondente para São Paulo da Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário (ABAMI)

No agitado abril de 2018, repetiram-se os discursos incentivando a invasão e a apropriação de imóveis, tema que é importantíssimo para cada brasileiro e especialmente caro aos estudiosos da constituição, do direito civil e, óbvia e particularmente, da legislação imobiliária.

Não interessa, ao menos neste rápido comentário, o debate sobre as motivações eleitoreiras, a demagogia, os efetivos objetivos desses arautos; a estultice é sinalizada quando o tema já vem conjugado com a ordem de queimar pneus.

Esses discursos ainda seguem ideários totalitários que morreram – ou deveriam ter morrido – no século passado, exatamente por terem como denominadores comuns as mentiras, a tirania, os crimes inumanos, não funcionarem em benefício do povo de qualquer prisma. Somente mereceriam depósito em museus: que sejam recordados para que os malfeitos não se repitam.

Especificamente quanto à habitação nas cidades, a incitação às invasões – grita clássica desses potentados – não resultou em algo positivo. Ora, qual o meio melhor – factível, pacífico, coerente com os anseios sociais – de incrementar o acesso à moradia? Penso que encontramos, no Brasil, a resposta eficaz e inteligente.

Pesquisemos: essas ideias violentas já tinham sido expostas (não, esses discursos não são novos!) podendo ser lembrado o pensar de Engels que, em 1873, achava que o combate à falta de moradias “só poderá ser feito mediante a expropriação dos atuais possuidores, ou então mediante a acomodação, nessas casas, de trabalhadores sem teto ou trabalhadores aglomerados nas moradias atuais” [1].

Nada diferente das invasões disparadas por “Movimentos” [2] no centro de São Paulo, repelidas por meio de ações de reintegração então movidas pelos

proprietários e que mais recentemente motivaram ações possessórias contra os invasores remanescentes, intentadas pelos próprios Movimentos[3]!

Aliás, o autor alemão dizia que: “Está claro como a luz do sol que o Estado atual não pode nem quer remediar o flagelo da falta de moradias. O Estado nada mais é que a totalidade do poder organizado das classes possuidoras, dos proprietários de terras e dos capitalistas em confronto com as classes espoliadas, os agricultores e os trabalhadores. O que não querem os capitalistas individuais (e são só eles que estão em questão aqui, dado que, nesse assunto, o proprietário de terras também aparece, em primeira linha, em sua qualidade de capitalista) tampouco quer o seu Estado” [4].

A prática brasileira mostrou quão torta era essa visão: Estado, capitalistas, moradores, sociedade tiveram, sim, interesse em solucionar a questão. Melhor que isso, por aqui se seguiu caminho frutuoso, conseguindo-se nortear as atividades imobiliárias com bom arcabouço legal.

É fácil provar essa afirmação lembrando a nossa tradição legislativa, visível na sequência de constituições e no Código Civil de 1916, prevendo a aquisição da propriedade por ato entre vivos primordialmente, mas também por usucapião, privilegiada a posse que, além de longa, fosse tranquila, possível naquele código – como no atual – a soma do período do possuidor atual ao do antecessor: é a consolidação da propriedade imóvel de maneira pacífica.

O Código Civil de 2002 não descurou do apego à paz realizada pela legalidade, mas evoluiu, exigindo o exercício do direito de propriedade consoante as finalidades sociais e econômicas, com respeito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e artístico, sem permitir abusos e sempre atentando às necessidades e aos anseios sociais. Foi acrescido – realce neste voo sobre as opções nacionais – pela Lei 11.481/07, no que diz com a concessão de uso especial para moradia e do direito real de uso.

Este o sucesso conduzido no País: a liberdade e o incentivo, conjugados com a certeza de que cada ato ou contrato se espraia socialmente, por isso merecendo os adequados cuidados. Nessa lógica, o hoje ministro Edson Fachin expôs, tratando do Código Civil de 2002: “Sabe-se que quem contrata não apenas contrata com quem contrata, e que quem pactua não avença tão somente o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé” [5].

Ao longo da história mudaram as necessidades das pessoas, os métodos construtivos, os hábitos, as economias, as características dos negócios, e “com o agravamento do problema habitacional, a superposição de unidades residenciais, profissionais e comerciais e a proliferação crescente de edifícios em regime condominial nas capitais e no interior, todos estavam conscientes da necessidade de um provimento urgente...”, constatou Caio Mario da Silva Pereira^[6], concluindo, acerca da Lei 4.591/64: “A nova lei reguladora do Condomínio e Incorporações veio preencher lacuna sempre lamentada e imprimir sistema e ordem à matéria. Todos sentiam a falta, todos reclamavam. E a todos veio a nova lei atender”.

Foi, realmente, perfeita ilustração do êxito que alcança lei que atenda adequadamente ao querer das pessoas, sem fogueirão. Prova-se: essa legislação já completou 50 anos e resiste incólume e em funcionamento, como a sociedade deseja.

Não somente nessa esfera do progresso das relações imobiliárias tivemos a adequada atenção legal. Tínhamos um problema: “Após um saudável período de equilíbrio, em que predominou o sistema de livre mercado, preconizado pelo Código Civil, seguiu-se uma fase de forte dirigismo, em que o Estado, através da Lei nº 1.300/50, praticamente paralisou o setor, graças às restrições que impôs aos locadores. Bastou, entretanto, que o choque do petróleo, na década de 1970, voltasse a alimentar a inflação, e adiar os nossos sonhos de ingresso no Primeiro Mundo, para que o Estado voltasse a intervir no mercado, já agora com a Lei nº 6.649/79, que procurava compensar a fraqueza econômica do locatário, tornando-o juridicamente forte”, escreveu Sylvio Capanema de Souza^[7].

O desequilíbrio consequente foi danoso (recordam-se os imóveis trancados, os dramas da locação) e a situação teve solução uma década depois, quando, superando a intervenção cujos efeitos claudicavam, a Lei 8.245/91 corporificou alentado desenvolvimento jurisprudencial e a boa doutrina, a resultar no diploma que melhor funcionou ou, mais exatamente, que melhor permitiu a operação das locações (alcançado, por conseguinte, o seu objetivo social), a ponto de nessas décadas ter exigido, tão somente, acréscimos pontuais, modernizadores.

Note-se que essa lei que organizou e incentivou as locações se contrapôs diametralmente ao que era imaginado século e meio atrás naquela borbulhante Europa, desta vez por Mulberger: “Sendo assim, a abolição da moradia de aluguel é uma das aspirações mais fecundas e grandiosas que brota do seio da

ideia revolucionária e deve se tornar uma exigência de primeira grandeza por parte da democracia social”[8].

Mais recentemente, se vê nesse passeio sobre as soluções alcançadas pela nossa legislação imobiliária, tivemos a Lei 13.465/17, trazendo importantíssimos instrumentos de regularização fundiária e instituindo o direito de laje, o condomínio urbano simples, o condomínio de lotes, o loteamento de acesso controlado, novamente entregando à sociedade o que ela buscava.

A linha de pensamento e de desenvolvimento expressos na boa legislação nacional trouxe resultados palpáveis, como mostram os números ainda anteriores aos últimos e fortes programas de desenvolvimento habitacional. É o que se conclui do Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[9].

De fato, o censo constatou que em 2010 existiam 57,3 milhões de domicílios particulares, contra 44,7 milhões em 2000. Ou seja, a quantidade de domicílios cresceu 28%, crescimento de enorme relevância quando visto que correspondeu a mais que o dobro do crescimento da população: 12,3% na década. Isso significa que mais gente pôde morar adequadamente.

Decorrência – também – da boa legislação mencionada, naquela década a quantidade de apartamentos subiu 43%; as moradias classificadas como “de favor” caíram de 10% para 8% – mais pessoas deixaram de depender de terceiros; os domicílios alugados somaram 10,5 milhões – retratando o cumprimento ao preceito constitucional do direito à moradia.

Na verdade, seguimos hoje – ainda bem, e a estatística documentou o êxito – nosso próprio e efetivo querer – em vez de copiar os alheios, sendo curioso anotar que, em 1869, mesma época dos estrangeiros antes mencionados, José de Alencar disse: “Um código Civil não é obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, a civilização, brilhante ou modesta, de um povo”[10].

É natural concluir que o pensar e o agir mais cautelosos e orientados em moldes realmente mais favoráveis à sociedade trouxeram muito mais benefícios que os discursos estridentes: usar os pneus para rodar, e não para fazer fumaça, se mostrou muito bom.

Notas:

[1] ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia* ("Zur wohnungsfrage"). trad. Néelio Schneider, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, p.56, 2015.

[2] Um depoimento: foram várias as invasões em São Paulo seguidas do aluguel, pelos "Movimentos", das unidades que eram entregues precariamente e em condições insalubres (os prédios estavam às vésperas de serem reformados). Os aluguéis não foram baratos (afinal, eram imóveis bem localizados) e poucos inquilinos sabiam que os contratos verbais seriam rompidos abruptamente, no dia da reintegração de posse judicialmente ordenada...

[3] A desocupação do Cambridge. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 29 mar. 2018, p. A3.

[4] ENGELS, op. cit., p.100.

[5] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, p. 331, 2003.

[6] SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Condomínio e incorporações*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 9 – prefácio à segunda edição, 1999.

[7] SOUZA, Sylvio Capanema. *A lei do inquilinato comentada*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 3, 2012.

[8] MULBERGER, apud ENGELS, op. cit. p. 3.

[9] www.ibge.gov.br/estatisticas.

[10] ALENCAR, 1869 apud BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica, Rio de Janeiro:Ed. Rio, 1976.

(*) artigo selecionado para a Revista Debate Imobiliário, edição inaugural, publicada pelo IBRADIM - Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (SP).

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL

LUCIANA VIEIRA CARNEIRO:
Bacharela em Direito do Centro
Universitário UNIEURO.

HEITOR VINÍCIUS BENTO PESSOA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise crítica e ponderar o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, observando a questão do binômio proteção-liberdade, bem como possíveis prejuízos na mudança da classificação da teoria das incapacidades, mais precisamente para as pessoas que estejam vulneráveis. Para tanto, foi necessário verificar através de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários para saber se, no caso concreto, houve ou não algum tipo de agravamento no tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência, e como está sendo aplicada a nova regra no caso concreto. O trabalho ocupou-se em ressaltar que a nova regra trazida pelo estatuto mitigou a proteção da teoria das incapacidades em nome da autoafirmação das pessoas com deficiência, dando a elas uma liberdade nunca antes vista em nosso ordenamento jurídico. Diante de estudo e reflexão foi possível concluir que apesar modificações positivas advindas do Estatuto, que merecem aplausos por fazer valer a tão almejada inclusão social, ainda há entendimentos diferentes, doutrinários e jurisprudenciais, na aplicação da norma, bem como há necessidade de se estipular hipóteses de incapacidade absoluta em relação àqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade, independentemente de ter deficiência ou não, onde poderá figurar qualquer pessoa, inclusive uma pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência – capacidade civil – curatela – inclusão social.

ABSTRACT: The present work has as objective to make a critical analysis and to ponder the novel Statute of the Person with Disability and its reflexes in the civil capacity in the Brazilian legal system, observing the question of the binomial

protection-freedom, as well as possible damages in the change of the classification of the theory of the disability, more precisely for people who are vulnerable. In order to do so, it was necessary to verify through jurisprudential and doctrinal understandings as to whether, in the concrete case, there was some kind of aggravation in the legal treatment given to persons with disabilities, and how the new rule is applied in the specific case. The work was focused on emphasizing that the new rule brought by the statute mitigated the protection of the theory of disabilities in the name of the self-assertion of people with disabilities, giving them a freedom never before seen in our legal system. In the face of study and reflection, it was possible to conclude that despite the positive changes arising from the Statute, which merit applause for asserting the longed for social inclusion, there are still different understandings, doctrinal and jurisprudential, in the application of the norm, and there is a need to stipulate hypotheses of absolute incapacity in relation to those who, because of a transient or permanent cause, can not express their will, regardless of whether or not they are disabled, where any person, including a person with a disability, may appear.

Keywords: Disabled person - civil capacity - curatela - social inclusion.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 1.1 A ORIGEM DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 1.2 MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1.3 REFLEXOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2 CAPACIDADE CIVIL. 2.1 TEORIA DA INCAPACIDADE CIVIL. 2.2 MUDANÇAS NA CAPACIDADE CIVIL. 2.3 INSTITUTO DA CURATELA. 3 ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA. 3.1 EFEITOS DA MUDANÇA DA CAPACIDADE CIVIL. 3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CIVIL DOS EFEITOS. 3.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA ACERCA DA TEMÁTICA . CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, houve modificações expressivas na legislação pátria, como as alterações e revogações de alguns artigos do Código Civil

Brasileiro (CC), onde foram empregadas mudanças estruturais e funcionais no que diz respeito à teoria da incapacidade civil, afetando diretamente alguns dos institutos do Direito Civil, como a interdição, a curatela, o casamento, os direitos à reprodução e criou uma figura do instituto da tomada de decisão apoiada, totalmente inédita para o direito brasileiro.

Além disso, as modificações causaram uma antinomia gerada pelo Estatuto em descompasso com o Novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor logo após a vigência da LBI. Essa antinomia de normas se configurou no que diz respeito à legitimidade para pedir a curatela, pois ao entrar em vigor, o novo CPC revogou a nova regra que havia sido estabelecida pelo novo Estatuto. Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi assertivo na mudança da capacidade civil? Este é o problema que pretende responder a presente pesquisa.

Como hipótese para a possível conclusão a ser obtida por esta pesquisa elaborada a seguir, adotou-se a ideia de que o Estatuto da pessoa com deficiência ao modificar a capacidade civil foi assertivo e trouxe consigo a liberdade, mas também prejuízos ao suprimir algumas proteções. Sendo assim, perfilhou-se a ideia de que com a nova legislação do Estatuto, vigorando desde 2015, sucederam mudanças substanciais no direito brasileiro as quais suprimiram algumas proteções legais das pessoas com deficiência previstas na teoria da incapacidade civil.

Em verdade, para a maioria das pessoas enquadradas com alguma forma de deficiência, o estatuto foi muito assertivo, pois proporcionou para estas uma liberdade nunca antes vista. Porém, num suposto atropelo legislativo, observou-se a mitigação da proteção de quem não é considerado deficiente, mas que por causa transitória ou permanente não pode exprimir a sua vontade, sendo classificado agora como relativamente incapaz, suprimindo assim algumas proteções dadas a essas pessoas que encontram-se vulneráveis, sem qualquer discernimento e impossibilitadas de exprimir a sua vontade, independentemente de deficiência.

Dessa forma, observa-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência agiu acertadamente em proporcionar mais liberdade para quem consegue usufruir, inclusive criando o instituto da tomada de decisão apoiada que auxilia

na autodeterminação da pessoa, todavia pecou em alguns casos onde deixou-se visivelmente desprotegidos aqueles que necessitam dessa proteção maior do Estado.

O objetivo geral deste trabalho é analisar e ponderar as mudanças no sistema da incapacidade civil e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, observando possíveis prejuízos para as pessoas com deficiência, bem como para quem por causa transitória ou permanente não puder exprimir a sua vontade. Além disso, é necessário verificar se, no caso concreto, houve ou não algum tipo de agravamento no tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência que tiveram mitigada a sua proteção como vulneráveis, dando a elas uma autoafirmação e retirando-as da condição de incapaz oferecida pela antiga legislação revogada.

O objetivo específico deste trabalho é analisar as mudanças estruturais, no que diz respeito à teoria da incapacidade civil, afetando diretamente alguns dos institutos do Direito Civil, como a curatela, que agora é considerada de caráter temporário e tão somente patrimonial, além de observar as mudanças na interdição, que para alguns doutrinadores esta deixou de existir. Verificar a nova regra do casamento, que deu liberdade de casar, além de ter assegurados os direitos à reprodução. Explorar a nova figura do instituto da tomada de decisão apoiada, totalmente inédita para o direito brasileiro. E, por último, como objetivo específico, observar a antinomia gerada pelo Estatuto em descompasso com o Novo Código de Processo Civil no que diz respeito à legitimidade para a curatela.

Esta pesquisa é importante no sentido de compreender, como operadores do direito, qual a magnitude e alcance do novel Estatuto, analisando a importância e complexidade da matéria tendo em vista possíveis avanços e/ou prejuízos, fazendo reflexões acerca dos assuntos que foram aprendidos durante toda a graduação.

Para a ciência, a importância de uma pesquisa científica como esta é imprescindível para o conhecimento e evolução do direito, uma vez que busca-se a melhor aplicação do direito ao caso concreto, possibilitando a elaboração de novos conceitos no intuito de absorver cada vez mais conhecimento jurídico e reflexões sobre assuntos importantes para o estudo do direito.

Já para a sociedade são imperiosos os trabalhos científicos visto que ao se debruçar sobre determinado assunto, o pesquisador procura encontrar respostas para os problemas que, em algum momento da história foram suscitados pela própria sociedade, já que esta encontra-se sempre em processo de mutação, pois é formada de pessoas que também mudam através do tempo e com isso a sociedade deve acompanhar essa metamorfose, assim como o direito também deve participar dessa mudança, oferecendo respostas aos novos anseios da sociedade.

No caso das pessoas com deficiência não foi diferente, uma vez que sentiram a necessidade de ter seus direitos reconhecidos perante a sociedade e o Estado. E para isto basearam-se no novo conceito mundial dos direitos humanos para embasar e ter um alicerce na busca por respostas às suas necessidades, que posteriormente foram acompanhadas pelo direito através da positivação em uma norma dedicada a este grupo, garantindo desta forma que os seus direitos fossem observados e respeitados por todos.

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho de monografia é a pesquisa bibliográfica que se caracteriza em aprofundar o contexto e a interpretação das reflexões obtidas através de leitura em livros e artigos científicos publicados sobre o tema, além de possíveis decisões jurisprudências. A tradição metodológica será do tipo misto (dedutivo e indutivo) pois serão analisados os dados presentes na sociedade, como também será feita uma observação individual acerca do tema. O viés metodológico será o exploratório, sendo a pesquisa de caráter qualitativa.

1. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao longo dos anos as pessoas com algum tipo de deficiência, seja intelectual, mental ou física, enfrentaram muitos obstáculos na luta pelo reconhecimento e respeito dos seus direitos. A trajetória dessas pessoas com o passar do tempo resultou em muito esforço conjunto para que, paulatinamente, angariassem direitos e com isso conseguissem quebrar barreiras no intuito de se consolidarem na história dos mais diversos povos e culturas como pessoas que realmente são, não sendo mais invisíveis perante os olhos do Estado e da sociedade, passando a ser sujeitos com direitos devidamente respeitados e reconhecidos, deixando de lado todo o passado de

desrespeito, descaso, vergonha, preconceito e indiferença, não sendo mais tratadas como um fardo social repartido pela sociedade e pelo Estado.

Uma das formas de assegurar os direitos conquistados por estas pessoas, foi positivá-los em uma norma do ordenamento jurídico, tanto nas constituições que são a base suprema fundamental do ordenamento, bem como através de leis específicas voltadas para estas pessoas em comento. A partir disso, surgiu um Estatuto que reúne todos esses direitos alcançados por este público no decorrer da história dos povos, civilizações e do próprio direito, deixando de ser apenas um caráter naturalista, passando então para a positivação assecuratória.

1.1 A ORIGEM DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A preocupação com o bem-estar das pessoas do mundo todo deu início, mais precisamente, após a Segunda Guerra Mundial, onde milhares de pessoas que sobreviveram aos conflitos estavam vivendo de maneira desumana em decorrência dos horrores causados pela guerra. As guerras traziam consigo a devastação de toda uma região, com milhares de mortes em batalhas, bem como com a destruição de cidades inteiras e de suas riquezas, como a agricultura e a pecuária e, conseqüentemente, deixavam milhares de pessoas morrerem de fome, quando estas não eram prisioneiras e vítimas de toda e qualquer atrocidade pois não se tinha nenhuma norma que possibilitasse um mínimo para uma sobrevivência com dignidade.

A partir disso, houve uma maior atenção da comunidade internacional em proporcionar um mínimo de direitos humanitários para essas pessoas que enfrentaram um período de guerra, perdendo entes da família e até suas casas e seus meios de sobrevivência, ficando à mercê de sua própria sorte e a tratamento desumano.

A consequência disso foi a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 feita pela Organização das Nações Unidas – ONU, onde fixou critérios mínimos, e que teve seus reflexos em todo o mundo. Também foi consequência a Convenção Americana de Direitos Humanos onde firmou-se o tratado internacional do Pacto de San José da Costa Rica em 1960 com reflexos nas Américas. Com isso, criou-se a ideia segundo a qual toda

pessoa humana tem direito a ter direitos, pelo menos o mínimo necessário a sua sobrevivência com dignidade.

Enfim, entraram em cena os direitos humanos com a finalidade de estabelecer condições mínimas para que as pessoas conseguissem viver com um pouco de dignidade. Nesta esteira, pode-se conceituar os direitos humanos segundo o autor André Ramos como:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. (RAMOS, 2017, p. 32).

Apoiado na concepção de Direitos Humanos, mais precisamente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é que se começou a pleitear os direitos das pessoas com deficiência, que em verdade viviam em total desrespeito, descaso, segregação e humilhação, necessitando de uma maior atenção do Estado e da sociedade para poder ter seus direitos devidamente reconhecidos, bem como ser considerados como pessoas, deixando de ser considerados invisíveis. Nesse sentido, Flávia Piovesan classifica os avanços dos direitos em quatro fases, a saber:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que esta simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar

obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. (PIOVESAN, 2013, p.283).

Na análise assertiva da professora Flávia Piovesan é possível observar o caminho percorrido ao longo do tempo representado pela classificação em quatro fases em que na primeira fase as pessoas com deficiência não eram sequer consideradas como pessoas pois simbolizavam a impureza num caráter extremamente discriminatório. Na segunda classificação pode-se observar que houve uma menor intolerância, porém eram consideradas invisíveis aos olhos da sociedade e do Estado. Já na terceira fase em que houve uma proteção, porém ainda de caráter discriminatório como portador de enfermidade. Por último, na quarta fase, é que acontece de fato a inclusão social com o devido respeito orientado pelo paradigma dos direitos humanos.

Uma consequência da busca pelo reconhecimento das pessoas com deficiência e sua inclusão social foi a Convenção Sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência realizada em Nova York em 2007, que depois passou vigorar internacionalmente e, por fim, foi internalizada no Brasil. A convenção surgiu para dar fundamentação às necessidades consideradas importantes pela comunidade internacional. Nesse sentido, a professora Flávia Piovesan disserta:

A Convenção surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial. (PIOVESAN, 2013, p. 284).

Essa convenção surtiu efeito em diversos países que apoiavam a causa e que aceitaram seu protocolo, numa tentativa de maior humanização do mundo. Nessa situação está o Brasil que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrou como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o Brasil

repcionou e ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e a seu Protocolo Facultativo, resultando no Decreto. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Ao aderir à Convenção, o Brasil se prontificou, diante da comunidade internacional e perante seu povo, em aplicar as normas tratadas naquele documento.

Quando da internalização, ela foi aprovada segundo o quórum conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF), onde os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, portanto, é considerado norma constitucional e deve ser observado por todos, em todo o ordenamento jurídico e servindo de base para a criação das normas.

Em razão disso, teve uma modificação significativa na estrutura das normas no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi a primeira vez em que um tratado internacional teve status de emenda constitucional e, conseqüentemente, norma constitucional. Esta convenção reflete a mais moderna visão inclusiva da pessoa com deficiência que dá total concretude à dignidade da pessoa humana, porém, apesar de já vigorar no país desde 2009, ainda não havia sido devidamente regulamentada em legislação específica.

Porém, convém salientar que mesmo antes da ratificação da convenção em 2009, o Brasil já havia começado a discutir sobre uma possível lei de inclusão social das pessoas com deficiência por volta do ano 2000, através de um projeto de lei de iniciativa do Senador Paulo Paim, denominado Estatuto do Portador de Necessidades Especiais. Em 2003 este projeto foi modificado e reestruturado no Senado Federal, passando a se chamar Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo posteriormente, após a interferência das mais diversas representações de classes da sociedade brasileira que ajudaram a aprimorar o projeto, transformando-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência tal qual se mostra hoje.

No dia 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei Nacional Nº 13.146, que institui a Lei Brasileira de inclusão da Pessoa com deficiência no Brasil, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo sido publicada em 07

de julho, com vacatio legis de 180 dias, entrando em vigor no dia 04 de janeiro de 2016. Esta lei foi destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Sendo assim, o Brasil passou, definitivamente, a ter uma legislação específica que trata do assunto em voga.

1.2 MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento da Lei 13.146/15, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência observou-se, indubitavelmente, significativas modificações na definição do conceito de pessoa portadora de deficiência, bem como suas classificações ou distinções. As mudanças foram relação à capacidade civil, o direito de ser testemunha, o casamento, a curatela e a novidade da tomada de decisão apoiada. A primeira mudança no Código Civil Brasileiro foi o art. 3º, conforme a redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

(Brasil, Código Civil, 2002, artigos 3º e 4º).

Como pode-se observar, a alteração do art. 3º do CC foi muito expressiva, tendo todos os seus incisos revogados. Este artigo trata das hipóteses de incapacidade absoluta, trazendo em seu caput que são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Já o artigo 4º manteve a maioria dos seus incisos, apenas suprimindo a parte que tratava dos que “por deficiência mental tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais sem

desenvolvimento mental completo”, que foram substituídos para a classificação de “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade” que antes estava previsto nas hipóteses de incapacidade absoluta. Nesse sentido, o autor Cristiano Farias afirma:

A nova redação dedicada aos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 é de clareza solar ao afastar qualquer tipo de incapacidade jurídica decorrente de deficiência. Assim, a deficiência, de qualquer ordem, não implica em incapacidade para a prática de atos jurídicos. Todavia, a pessoa com deficiência pode reclamar uma proteção diferenciada em determinadas situações, como estado de risco, emergência ou calamidade. (FARIAS; CUNHA; PINTO; 2016, p. 18).

A capacidade civil, que pode ser entendida como a maior ou menor extensão dos direitos e deveres de uma pessoa, pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício, seja pela menoridade ou pela falta de manifestação da vontade. Nesse sentido, no direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque essa capacidade advém da personalidade, que é adquirida ao nascer com vida, e é inerente a toda e qualquer pessoa humana. O que existe é uma incapacidade de fato ou de exercício, que é classificada em incapacidade absoluta e relativa. Este assunto em comento será minuciosamente abordado no próximo capítulo.

Outra modificação no Código Civil foi em relação ao direito das pessoas com deficiência de poder ser testemunhas em igualdade de condições com os demais. O Estatuto partiu da premissa de que a regra geral é a ampla possibilidade de qualquer pessoa servir como testemunha, mesmo que esta não tenha nenhum interesse na solução do conflito. E, dessa forma, acabou por revogar os incisos II e III do art. 228 do CC/2002, nos mesmos moldes, criou o parágrafo 2º para fixar a nova regra, conforme a redação do artigo supracitado:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - (Revogado);

III - (Revogado);

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo

§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

(Brasil, Código Civil, 2002, artigo 228).

A Lei 13.146/2015 também trouxe consigo um caráter mais humanitário na medida em que possibilitou à pessoa com deficiência o direito ao casamento, bem como o direito de poder gerar um filho ou até mesmo o de poder adotar. E por esse motivo, mudou o art. 1.548 do CC que trata do casamento e de sua anulação, através da revogação do inciso I na inclusão do § 2º do art. 1.550, consoante a nova redação destes artigos:

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - (Revogado);

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Brasil, Código Civil, 2002, artigos 1.548 e 1.550).

Portanto, o casamento celebrado por pessoa com deficiência não é mais considerado nulo, podendo ser anulável se não cumprir o requisito comum a todas as pessoas, necessitando apenas se encontrar em idade núbia para o casamento, tendo tão somente impedimentos matrimoniais que devem ser observados por todos. Para isto, basta unicamente expressar a sua vontade diretamente ou até mesmo por meio de seu assistente curador, caso esteja em curatela, pois a curatela apenas influencia nos direitos negociais e patrimoniais, podendo assim a pessoa com deficiência dispor da liberdade de querer casar ou não. O autor Cristiano Farias disserta sobre o assunto:

A Lei Brasileira de Inclusão altera, significativamente, o sistema de invalidades do matrimônio, previsto nos arts. 1.548 e 1.550 do Código Civil. Não há mais nulidade ou anulabilidade de casamento decorrente de deficiência. Singrando os mesmos mares, o curatelado pode casar, independentemente de anuência do representante ou assistente. Com isso, a hipótese única de nulidade nupcial passa a ser a violação de impedimentos matrimoniais. Lado outro, não mais é possível a anulação do casamento por desconhecimento de doença mental ou deficiência física. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 247).

Nesse mesmo sentido, o Estatuto proporcionou plena validade do casamento de uma pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil, pois segundo o Estatuto a natureza evidentemente afetiva e existencial

do ato nupcial ajusta-se, portanto, com a plena possibilidade de manifestação de vontade por uma pessoa com deficiência, inclusive mental. Também modificou o rol taxativo das hipóteses de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge com o propósito de anulação do casamento. Conforme a redação dos artigos do CC:

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV - (Revogado).

(Brasil, Código Civil, 2002, artigo 1.556 e 1.557).

Contudo, o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge em relação à deficiência não é mais motivo para a anulação de casamento da pessoa com deficiência, pois este artigo continha um dispositivo flagrantemente de cunho discriminatório. Este rol é extremamente importante pois pode, inclusive, gerar até mesmo uma ação penal personalíssima já que é considerado crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento segundo o artigo 236 do Código Penal Brasileiro, Lei nº 2848 de 1940, que diz: "Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior".

Uma outra grande modificação no Código Civil foi, sem dúvida, em relação à curatela. Essa alteração no instituto vem causando várias

interpretações pois em sua nova redação, o EPD suprimiu as hipóteses anteriormente previstas de aplicação da curatela às pessoas que não tem o necessário de discernimento para atos da vida civil, às pessoas com deficiência mental e às pessoas sem completo desenvolvimento mental. Vale ressaltar que essa modificação também afetou o Código de Processo Civil, pois criou uma antinomia conforme explica Cristiano Farias:

Nessa linha de perspectiva, o Estatuto legitimou a própria pessoa para a ação de curatela (a chamada autocuratela) e, a outro giro, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para qualquer tipo de curatela, mesmo não se tratando de doença mental grave. Nota-se, ademais, que o Código Adjetivo de 2015 teve de cumprir uma *vacatio legis* de um ano, enquanto à Lei Brasileira de Inclusão, por seu turno, foi estabelecido um período de vacância de 180 dias. Ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora seja lei posterior (já que a norma legal existe a partir de sua promulgação, conforme entendimento prevalecente em doutrina), entrou em vigor em janeiro de 2016, enquanto o Código de Processo Civil de 2016 (que é lei anterior) somente ganhou vigência em março de 2016. Malgrado seja possível uma interpretação no sentido de que uma norma teria revogado a outra (utilizando o critério da anterioridade ou da especialidade), a melhor compreensão é no sentido da *harmonização* entre os dois Diplomas Legais, procurando estabelecer uma interpretação sistêmica. Assim sendo, deve se retirar de cada lei aquilo que melhor se mostrar para a pessoa com deficiência. ((FARIAS; CUNHA; PINTO; 2016, p.329).

Dito isto, é notória a contradição entre a regra estabelecida pelo EPD e o novo Código de Processo Civil, uma vez que, em princípio, havia a possibilidade de legitimidade da própria pessoa de poder entrar com ação para submeter-se à curatela, e desta forma, poderia ela mesma propor o pedido em juízo, mas com a entrada em vigor do novo CPC, essa legitimidade foi revogada. Consoante a regra presente nos arts. 1.767 e 1.768 do CC, que foram

revogados pela entrada em vigor do CPC. A redação revogada da curatela está prevista no seguintes artigos do Código Civil:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

II - (Revogado);

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV - (Revogado);

V - os pródigos.

Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (Revogado pela Lei n^o 13.105, de 2015) (Vigência)

I - pelos pais ou tutores; (Revogado pela Lei n^o 13.105, de 2015) (Vigência)

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; (Revogado pela Lei n^o 13.105, de 2015) (Vigência)

III - pelo Ministério Público. (Revogado pela Lei n^o 13.105, de 2015) (Vigência)

IV - pela própria pessoa. (Revogado)

(Brasil, Código Civil, 2002, artigos 1.767 e 1.768).

Portanto, ao entrar em vigor o novo Código de Processo Civil revogou os artigos do Código Civil que tratavam da legitimidade para a curatela trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em que possibilitava legitimidade para a própria pessoa. O novo CPC tratou de forma diferente este assunto, trazendo em seu art. 747 a nova regra que entra em contradição com o que foi estabelecido no Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme o previsto no artigo a seguir:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

(BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, art. 747).

Nessa esteira, há um choque de normas onde uma lei revogou as regras trazidas por outra lei, que, em verdade, deveria o Código de Processo Civil estar em consonância e harmonia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, porém há essa antinomia de normas, que segundo a doutrina, deverá levar em consideração a interpretação sistêmica e o que se apresentar melhor para a pessoa com deficiência, que deverá ser adotado no caso concreto, mas dependerá de cada magistrado a interpretação se cabe ou não legitimidade para a própria pessoa a ser interditada.

Outra grande novidade advinda do Estatuto foi, indubitavelmente, a maior inovação no Direito Civil, no que concerne à criação do instituto da tomada de decisão apoiada. Nesse ponto o Estatuto modernizou o direito brasileiro ao criar este instituto que deu a possibilidade de a pessoa com deficiência, se assim ela preferir, poder contar com a ajuda de outras duas pessoas de sua confiança para prestar apoio sobre os atos da vida civil e tomar opiniões das mesmas, podendo inclusive ser essa ajuda suprida pelo juiz, conforme a regras dos artigos a seguir:

Art. 1.783-A. 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.

§ 1º Para formular 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, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito a? vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º 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.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado a? manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se a? tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposiç?es referentes a? prestação de contas na curatela.

(Brasil, Código Civil, 2002, artigo 1.783-A).

Esse novo instituto criado pela Lei Brasileira de Inclusão corrobora com a nova realidade da capacidade civil, uma vez que possibilita a pessoa com deficiência de poder expressar a sua vontade, bem como reforça a sua autodeterminação, podendo ser utilizado ou não, pois é uma opção que é dada à pessoa com deficiência que, para se ter uma maior segurança no momento em que julgar necessário, poder contar com a ajuda de outras duas pessoas idôneas com as quais tenha convívio e confiança para contribuir e apoiar nas decisões a serem tomadas.

1.3 REFLEXOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, (DUDH ou UDHR pela sigla em inglês), assinado em Paris, em 1948, constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional, conforme visto anteriormente quando da origem do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Além disso, os direitos humanos possuem gerações distintas, que são classificadas em primeira, segunda e terceira gerações, de acordo com as mutações das ideologias sociais. Conforme assegurou Bobbio:

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem (...) ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências. (BÓBBIO, 1992, p. 9).

Os direitos humanos foram, de fato, consolidados no mundo depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é fruto do mundo pós 2ª

guerra mundial, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948. Esta Declaração foi assinada por 48 Estados no mundo todo, e um destes é o Brasil, que assinou o documento no mesmo dia da sua promulgação mundial. Sendo assim, os direitos humanos passaram a ser ramo autônomo do direito internacional.

A DUDH destaca em seu preâmbulo que o respeito à dignidade de todos os membros da família humana e a igualdade de seus direitos inalienáveis são o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Ou seja, todo e qualquer ser humano, é protegido por esses direitos.

Os reflexos da Declaração no ordenamento jurídico brasileiro teve início na Constituição Federal, onde os direitos humanos foram plenamente positivados, tantos os individuais, como os difusos e coletivos na parte relativa aos direitos e garantias fundamentais, trazendo, também, diversos remédios constitucionais para garantir a eficácia desses direitos. Entre esses direitos, previstos em sua maioria no art. 5º da CF/88 estão: vida, liberdade, propriedade, educação, presunção de inocência, igualdade, liberdade de pensamento, proibição a escravidão, vedação a tortura, segurança, nacionalidade, entre outros.

Conforme a classificação de Kelsen em sua obra "Teoria pura do direito", a Constituição é a base do ordenamento jurídico, representado no formato de uma pirâmide, onde a norma hipotética fundamental é a mais superior dentre o ordenamento jurídico. Nesse sentido ele afirma que:

Quer dizer: a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quando a conduta real (efetiva) dos indivíduos corresponda, globalmente considerada, ao sentido subjetivo dos atos dirigidos a essa conduta é que este sentido subjetivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo, e esses atos são considerados ou interpretados como atos jurídicos. (KELSEN, 1998, p. 33).

Nessa perspectiva, a Constituição deve sempre ser levada em conta como base suprema do ordenamento jurídico, devendo ser respeitada em todos os panoramas. Assim, também foram observados os direitos trabalhistas contidos da parte de direitos sociais da Declaração, uma vez que também é previsto na Constituição Federal, e assim sendo, foi implementado no ordenamento jurídico. São direitos trabalhistas previsto naquele documento: direito ao trabalho, livre escolha de emprego, condições justas de trabalho, proteção contra o desemprego, igual remuneração por igual trabalho, remuneração justa, sindicatos, repouso, lazer, férias e jornada de trabalho limitada, entre outros.

Em relação à atuação estatal, exige-se principalmente a elaboração de normas no sentido de intervir nas relações de trabalho com a finalidade de igualar as disparidades que existem na relação de emprego, em face da opressão naturalmente causada pelo empregador, que detém, em regra, maiores condições financeiras. Assim sendo, busca-se pelo melhor tratamento a ser ofertado à pessoa com deficiência em decorrência de eventuais limitações, devendo ser oferecido os meios mais adequados para sua habilitação, bem como para sua reabilitação.

Portanto, os reflexos da Declaração Universal dos Direitos do Homem no ordenamento jurídico brasileiro está espalhado em todas as legislações, visto que estas, necessariamente, precisam estar de acordo com a Constituição Federal. Sendo assim, os reflexos percorrem o direito constitucional, direito penal, direito civil, direito do trabalho e tantos outros direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

2. CAPACIDADE CIVIL

Consoante o exposto no artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002 “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Isto quer dizer, em linhas gerais, que toda e qualquer pessoa nascida com vida, e através disto adquirir a personalidade jurídica já que é um atributo inerente a sua condição de ser humano, é capaz de direitos e obrigações, ou seja, todas as pessoas podem ser titulares de um direito, bem como podem contrair obrigações na ordem civil, bastando para tanto o requisito da capacidade, o que nada mais é do que uma aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas.

Essa capacidade é dividida em duas espécies: Capacidade de direito ou de gozo (genérica) e capacidade de fato ou exercício (medida do exercício da personalidade). A capacidade de direito ou de gozo é inerente à personalidade da pessoa humana nascida com vida e que só se perde com a morte, por isso, todas as pessoas gozam dessa espécie de capacidade. Já a capacidade de fato ou de exercício pode sofrer limitações no exercício desses direitos, uma vez que pode faltar discernimento para praticar tal ato por não possuir o elemento volitivo, gerando dessa forma uma incapacidade para praticar os atos.

Portanto, para se ter o direito e poder exercê-lo é necessário ter, respectivamente, capacidade de direito ou gozo e capacidade de fato ou exercício, para dessa forma possuir a capacidade civil plena, onde uma pessoa é detentora do direito e poderá exercê-lo sem limitações. Porém, quando se tem a capacidade de direito e não se tem a de fato ou de exercício, estaremos diante de uma incapacidade civil. A professora Maria Helena Diniz conceitua incapacidade como:

A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio que “a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção”. Como toda incapacidade advém de lei, conseqüentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações ao exercício dos direitos provenientes de ato jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*. (DINIZ, 2017, p 169).

A incapacidade civil é classificada em absoluta e relativa. Na incapacidade absoluta, a pessoa está impossibilitada de exprimir a sua vontade, portanto, não tem discernimento para praticar o ato, devendo dessa forma ser representada em juízo. Já na incapacidade relativa é possível observar um certo discernimento, mesmo que reduzido, mas com autodeterminação, o que o impossibilita de exercer o direito por si só, fazendo jus à assistência de uma pessoa, o que significa ser necessário a presença do assistido e seu assistente nos atos da vida civil.

2.1 TEORIA DA INCAPACIDADE CIVIL

A teoria da incapacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro advém da premissa de que é necessário a criação de mecanismos para a proteção de pessoas que não possuam o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, notadamente ao que diz respeito ao viés patrimonialista, por faltar-lhes o necessário discernimento.

E, para isto, criou-se a figura da incapacidade absoluta onde necessita-se de representação legal e a incapacidade relativa que caracteriza-se pela necessidade de assistência, com a finalidade de realizar a proteção jurídica dos incapazes nas relações patrimoniais para que estes possam exercê-las com mais segurança os atos da vida civil. Nesse sentido, Maria Helena Diniz explica:

A incapacidade será absoluta quando houver proibição total do exercício do direito pelo incapaz, acarretando, em caso de violação do preceito, a nulidade do ato (CC, art. 166, I). Logo, os absolutamente incapazes têm direitos, porém não poderão exercê-los direta ou pessoalmente, devendo ser representados. São absolutamente incapazes (CC, art. 3º) somente os menores de 16 anos, porque devido à idade não atingiram o necessário discernimento para distinguir o que podem ou não fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial. Dado seu desenvolvimento mental incompleto, carecem de auto-orientação, sendo facilmente influenciáveis por outrem. (DINIZ, 2017, p 172).

Ao nascer com vida, toda e qualquer pessoa adquire a personalidade jurídica, pois o Direito Civil brasileiro adotada a teoria natalista e, em consequência disto, torna-se sujeito capaz de adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil. Isto quer dizer que a pessoa passa a ter capacidade de direito ou de gozo já que possui personalidade jurídica, sendo esta, condição inerente à pessoa natural, não podendo ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, conforme o art. 1º do CC de 2002 que expressamente diz "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Nesse sentido, Maria Helena Diniz conceitua:

Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial. (DINIZ, 2017, p 169).

Porém, esta capacidade pode sofrer restrições ou limitações legais no intuito de proteger a pessoa no que diz respeito ao modo de como exercer a sua capacidade, isto é, há uma delimitação na sua capacidade de fato ou de exercício, ou capacidade stricto sensu, seja por limitações orgânicas como a idade (menoridade ou maioridade) ou por limitações acerca da manifestação da vontade, por falta de ação volitiva. Nesse sentido, o doutrinador Flávio Tartuce leciona:

Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência para o exercício dos atos de natureza privada. Desse modo, a capacidade de direito não pode, de maneira alguma, ser negada a qualquer pessoa, podendo somente sofrer restrições quanto ao seu exercício. (TARTUCE, 2017, p 131).

Assim, quem possui os dois tipos de capacidade, de gozo e de exercício, tem a chamada capacidade civil plena, pois além de ser detentor do direito e dever na ordem civil, também poderá exercê-la sem limitações e sem o auxílio de ninguém, sendo para tanto considerada pessoa absolutamente capaz.

No direito brasileiro não existe pessoa que não possua a capacidade de gozo, pois esta é inerente à pessoa humana nascida com vida, pois ao nascer com vida adquire-se automaticamente a personalidade jurídica, assim como também é automática a obtenção da capacidade de gozo. Portanto, a incapacidade da pessoa está estritamente ligada à incapacidade de exercício, pois para esta o elemento volitivo não é considerado. Desse modo, o Código Civil classifica, em conformidade com a Lei 13.146/15, como absolutamente

incapaz apenas os menores de 16 anos, utilizando para essa classificação apenas o requisito biológico da menoridade. Nesse sentido, leciona Flávio Tartuce:

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. (TARTUCE, 2017, p 134).

Já em relação à incapacidade relativa é possível observar um certo nível de discernimento que possibilita praticar os atos da vida civil, desde que, para tal, esteja devidamente assistido por um terceiro que acompanhará o relativamente incapaz, quer seja por parentesco ou por designação judicial. Acerca deste assunto Flávio Tartuce pondera:

Confrontada com a incapacidade absoluta, a incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar os atos da vida civil, desde que haja assistência. O efeito da violação desta norma é gerar a anulabilidade ou nulidade relativa do negócio jurídico celebrado, isso dependente de eventual iniciativa do lesado (art. 171, inc. I, do CC). Em havendo incapacidade relativa, o negócio somente será anulado se proposta ação pelo interessado no prazo de 4 (quatro) anos, contados de quando cessar a incapacidade (art. 178 do CC). (TARTUCE, 2017, p 139).

Nesse sistema de capacidade relativa há quatro situações em que será necessário o instituto da assistência da teoria das incapacidades, quais sejam: Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; Os ébrios habituais e os viciados em tóxico; Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; E, por fim, os pródigos.

2.2 MUDANÇAS NA CAPACIDADE CIVIL

Com o advento do Estatuto da pessoa com deficiência houve uma modificação expressiva em relação à capacidade civil, mais precisamente a capacidade de fato ou exercício que compõe a capacidade civil plena prevista no Código Civil de 2002. Tal modificação poderá ser observada nos a seguir com a antiga redação dos artigos 3º e 4º do CC:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 3º e 4º, anterior a Lei 13.146/2015).

Essa antiga classificação estava conforme a teoria das incapacidades, onde pode-se observar duas distintas espécies de incapacidades, qual seja, absolutamente e relativamente. Este antigo modelo abordava as pessoas com

deficiência tanto como absolutamente incapaz, bem como relativamente incapazes, consoante o grau de seu discernimento. Destarte a nova redação do Código Civil após a entrada em vigor do Estatuto se apresenta da seguinte forma para o art. 3º e 4º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 3º e 4º).

Contudo, é possível observar a mudança da capacidade civil em relação à incapacidade absoluta contida no art. 3º do diploma onde todos os incisos foram revogados, onde agora apenas classifica como absolutamente incapaz o menor de dezesseis anos, ou seja, foi mantida a classificação orgânica pela idade, porém foi retirada do diploma civil a possibilidade de incapacidade absoluta para aqueles que sejam maior de 16 anos e tenham limitações que retiram o poder da manifestação da vontade, isto é, não tenham o necessário discernimento para os atos da vida civil, por força do diploma normativo do Estatuto da pessoa com deficiência. Pondera o professor Pablo Stolze acerca do assunto:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser "rotulada" como incapaz, para ser considerada –

em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil. GAGLIANO, PAMPLONA, 2017, p 150).

Em relação à classificação dos relativamente incapazes, contido no art. 4º do CC/2002, também observa-se mudanças, porém manteve-se a espécie da classificação orgânica quanto à idade, igualmente observado na parte dos absolutamente incapazes. Mas já em relação ao critério do discernimento necessário foi completamente modificado, sendo retirado de seu texto a parte que aludia às pessoas com deficiência mental e mantida as demais classificações como a do ébrio habitual, bem como do viciado em tóxico.

Porém houve a realocação de “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade” que deixaram de ser absolutamente incapazes, passando agora a classificação dos relativamente incapazes. O Estatuto da pessoa com deficiência traz expressamente em seus artigos 6º e 84, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, conforme a redação a seguir:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, Lei 13.146, 2015, artigo 6º e 84).

Por conseguinte, através dessa modificação da capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é possível concluir que as pessoas com alguma deficiência mental são consideradas agora como absolutamente capazes de exercer os atos da vida civil, não necessitando de representação e nem de assistência. Nesse mesmo sentido, o doutrinador Silvio Venosa pontua:

Pretendeu o legislador, com essas inovações, impedir que a pessoa com deficiência seja considerada e tratada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Todavia, têm elas sido objeto de pesadas críticas formuladas pela doutrina, pelo fato, principalmente, de desproteger aqueles que merecem proteção legal. (VENOSA, 2016, p 112).

Portanto, as mudanças trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência causaram uma verdadeira reconstrução jurídica no âmbito da incapacidade civil, pois segundo a nova lei, a pessoa com deficiência, isto é, aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, consoante o art. 2º da Lei. 13.146, e mais precisamente a que tenha deficiência mental, não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, tendo agora status de pessoal absolutamente capaz.

2.3 INSTITUTO DA CURATELA

Como visto anteriormente a respeito da capacidade civil, há hipóteses em que uma pessoa não poderá exercer de fato os seus direitos por ter limitações na sua capacidade de exercício, que desta feita, necessitará de representação ou assistência conforme o nível de sua incapacidade. Em alguns

casos é necessário a figura de um tutor ou um curador que será responsável por aquela pessoa no que diz respeito a reger a pessoa e administrar os seus bens. Nesse sentido Paulo Lobo disserta:

O fundamento comum da tutela e da curatela é o dever de solidariedade que se atribui ao Estado, a sociedade e aos parentes. Ao Estado, para que regule as respectivas garantias e assegure a prestação jurisdicional. A sociedade, pois qualquer pessoa que preencha os requisitos legais poderá ser investida pelo Judiciário desse *múnus*. Aos parentes, porque são os primeiros a serem convocados, salvo se legalmente dispensados. (LOBO, 2009, p. 388).

Este encargo muda conforme a condição da pessoa protegida, pois no caso de ser criança ou adolescente que não esteja mais sob o poder familiar dos pais, será necessário neste caso o instituto da tutela, onde o tutor representará ou assistirá o menor conforme o caso nos atos da vida civil, necessitando também de regularização de sua guarda.

A curatela se assemelha bastante à tutela, sendo cabível a curatela nos casos em que a pessoa protegida se tratar de um maior de 18 anos que, em regra, teria capacidade civil plena, mas que por alguma limitação não consegue exercer os atos da vida civil. Flávio Tartuce pondera a respeito do tema:

Curatela é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes. Assim como ocorre com a tutela, há um *múnus* público, atribuído pela lei. São partes da curatela o *curador* e o *curatelado*. Estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3.º 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. 4.º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as

peças que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como visto, não há mais a menção às peças com discernimento mental reduzido e aos excepcionais, tidos agora como plenamente capazes pelo sistema. (TARTUCE, 2017. p. 1.508).

Portanto, a curatela é um encargo atribuído à pessoa natural para reger a vida e administrar os bens de uma alguém maior de 18 anos sem capacidade civil, sendo assim, a curatela é considerada um mecanismo de proteção patrimonial e negocial das peças incapazes, pois estas, segundo o novo Estatuto da pessoa com deficiência tem capacidade plena para casar, exercer direitos sexuais e reprodutivos, bem como os direitos de família como um todo.

As peças que poderão figurar como sujeitos passivos na curatela estão previstos no rol taxativo de relativamente incapazes contidos no art. 4º do Código Civil de 2002, onde figuram os ébrios habituais e viciados em tóxicos, nesse caso, por se tratar de vícios em drogas, é encarado como uma doença pela comunidade médica, sendo neste caso considerado o discernimento reduzido da pessoa relativamente incapaz por se tratar de uma doença onde a pessoa certamente tem os seus momentos de lucidez.

Também está nessa classificação de relativamente incapaz, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Esta classificação recebeu e ainda recebe várias críticas de autores civilistas pois é extremamente genérica e deixa brecha para várias interpretações. Outra crítica é em relação às peças que se encontram em estado de coma e se enquadram nessa categoria de relativamente incapazes, devendo ser assistidos nos atos da vida civil, o que não faz muito sentido pois o seu estado de coma os deixam completamente impedidos de exprimir qualquer vontade. Nesse caso a curatela será utilizada e o magistrado deverá analisar, no caso concreto, as particularidades do curatelado conforme determinação médica.

Por fim, os pródigos que são peças caracterizadas por dilapidar ou dissipar seu patrimônio, gastando mais do que o necessário sem justificção, de

modo a prejudicar seu próprio sustento. É considerado relativamente incapaz por se tratar de um desvio no comportamento, necessitando dessa forma de um laudo psicológico que ateste esta condição para que o juiz entenda pela aplicação ou não da medida protetiva da curatela, pois o simples fato de gastar o dinheiro não implica em uma doença, é imprescindível um laudo médico.

Nesse caso, segundo a Lei 13.146/15, a curador só atuará nas questões patrimoniais e negociais e só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

A nova redação trazida pela LBI pondera que a curatela é uma medida protetiva extraordinária quando se tornar necessária, sendo proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e será, em regra, temporária, devendo durar o menor tempo possível. Para isto, haverá um processo de interdição onde o juiz, observando no caso concreto a incapacidade, se absoluta ou relativa, decidirá na sentença pela curatela e nomeará um curador conforme o art. 1.775 e 1.775-A do CC de 2002, com a seguinte redação:

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, na separação judicialmente ou de fato, e, de direito, curador do outro, quando interdito.

§ 1.º Na falta do cônjuge ou companheiro, e curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2.º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3.º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador”.

Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 1.775 e 1.775-A).

Ainda conforme o rol de ordem preferencial de curador, o Estatuto acrescentou o art. 1.775-A ao CC/2002, onde passa a ser possível a designação de mais de um curador no processo de curatela, conforme a regra do artigo supracitado.

Outra novidade trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é a legitimidade do próprio curatelado para promover a sua interdição. Porém esta nova regra encontra uma antinomia de normas, pois quando da alteração do Código Civil através da Lei 13.146/15 dando legitimidade para o próprio interdito conforme o art. 1.768, posteriormente com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil revogou esta legitimidade, já que em sua redação não é possível a própria pessoa promover a sua interdição, conforme a redação do art. 747 do CPC:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

(BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, art. 747).

Nesse ponto, com a entrada em vigor no novo Código de Processo Civil, o legislador não observou a regra trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que gerou uma contraposição de normas, uma vez que foi contrária a regra anterior e segundo a qual dava direito de o próprio curatelado poder promover a curatela, pois teria legitimidade para tal. Nesse sentido o jurista Pablo Stolze pondera:

Ha? necessidade de se interpretar adequadamente ambos os diplomas, para se tentar amenizar os efeitos de um verdadeiro choque normativo. E a tarefa tambem na?o sera? fa?cil, na medida em que o CPC/2015 surge com muitos dispositivos atingidos pelo Estatuto. Damos

como exemplo o dispositivo do Código Civil que trata da legitimidade para promover a ação de interdição (art. 1.768), revogado pelo art. 747 do CPC/2015. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por seu turno, ignorando a revogação do dispositivo pelo CPC/2015 — observou FREDIE DIDIER JR. — acrescentou-lhe um novo inciso (art. 1.768, IV, CC), para permitir que a própria pessoa instaure o procedimento de curatela. Certamente, a conclusão a se chegar é no sentido de que o art. 747 do CPC vigorará com este novo inciso. Será um intenso exercício de hermenêutica que deverá ser guiado sempre pelo bom senso. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2017, p 743).

Ainda em relação a curatela, por ter esta, em regra, um caráter temporário, poderá ser levantada a qualquer momento, isto quer dizer que o curatelado poderá deixar de ser interditado e, conseqüentemente, não necessite mais do instituto de proteção da curatela. Nesse caso, o próprio curatela poderá promover o pedido de levantamento de sua curatela, segundo a redação do art. 756 do CPC/15:

Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.

§ 1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.

§ 2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.

§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.

§ 4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, art. 756).

Essa redação está de acordo com o previsto na Lei 13.146/15, porém há uma polêmica em relação às pessoas que estavam interditadas através de um processo de curatela e, que, com a nova regra trazida pela Estatuto passaram a ter capacidade absoluta segundo o novo diploma legal. A problemática se dá no fato de ser ou não atribuído automaticamente a plena capacidade civil a quem esteja interdito. Nesse sentido explica Pablo Stolze:

Com efeito, a partir da entrada em vigor do Estatuto, surgiu a questão atinente ao levantamento das interdições já decretadas. Vale dizer, na medida em que o novo diploma considera a pessoa deficiente legalmente capaz, a curatela, que haja sido instituída em seu favor, cairia automaticamente? Por óbvio, mesmo que um procedimento de interdição — hoje melhor denominado como “procedimento de curatela” — haja sido concluído, o curatelado passou a ser reputado legalmente capaz, a partir da vigência do novo Estatuto. O que não tem sentido, inclusive pela insegurança jurídica que geraria, e a conclusão de que as curatelas designadas cairiam automaticamente. Algumas razões, além da já mencionada necessidade de segurança nas relações sociais, militam em favor desta linha de inteligência. A curatela, ainda que considerada extraordinária, não deixou de existir. Assim, sem prejuízo de o interessado requerer o levantamento, nos termos das normas processuais, os termos de curatela já existentes devem ser interpretados na perspectiva do Estatuto, considerando-se o âmbito limitado de atuação do curador, quanto a prática de atos de natureza patrimonial. Em suma, não se deve considerar que as curatelas já designadas quedar-se-iam, a partir do Estatuto, como em um “passe de mágica”. (GAGLIANO,

Pablo Stolze/ PAMPLONA, Rodolfo filho. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família, 7ª.ed. Sa?o Paulo: Saraiva, 2017, p 745).

Portanto, ainda há muitos pontos que carecem de uma melhor reflexão por parte dos aplicadores do direito, mais precisamente aos magistrados que necessitaram utilizar-se das regras da hermenêutica, dos princípios gerais do direito, bem como da equidade para resolver esses problemas no caso concreto, uma vez que há pontos ainda confusos que precisam ser melhores considerados na legislação.

3. ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA

Como já visto anteriormente, a teoria da capacidade civil sofreu uma grande transformação no ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente, no Código Civil Brasileiro, onde a nova regra classifica apenas o menor de dezesseis anos como absolutamente incapaz para os atos da vida civil, observando-se portanto apenas o caráter natural biológico etário.

Nesta perspectiva, a pessoa com deficiência deixou de ser considerada absolutamente incapaz e passou a ser plenamente capaz, podendo ser, em alguns casos, relativamente incapaz nos casos em que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade, assim como qualquer outra pessoa poderá ficar nessa situação independentemente de deficiência ou não, consoante a regra do art. 4º, inciso III do Código Civil de 2002.

Com essa mudança, ocorreram reflexos no diploma civilista, onde começou-se a atribuir vários direitos às pessoas com deficiência que, até então, não os possuía, mas agora com estes novos direitos, surgiram também as obrigações que antes não seriam exigíveis, porém daí em diante merecem uma maior atenção, em virtude de ser pessoa absolutamente capaz de direitos e obrigações na ordem civil, é imprescindível observar as normas por não deter mais determinadas proteções legais, devendo, portanto, observar os princípios gerais do direito, tal como o da legalidade e segurança jurídica.

3.1 EFEITOS DA MUDANÇA DA CAPACIDADE CIVIL

De acordo com o Estatuto, Lei 13.146/15, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, sendo considerada, portanto, em regra, como pessoa plenamente capaz de direitos e obrigações na ordem civil, não sofrendo mais nenhum tipo de restrição no atos praticados, mas em alguns casos pode ser considerada pessoa relativamente incapaz, dependendo para isto de uma determinação judicial onde será nomeado um assistente. Segundo explica o doutrinador Cristiano Farias:

A leitura atenta dos arts. 3º e 4º da Codificação de 2002, com a nova redação estabelecida pela Norma Estatutária, permite extrair a existência de dois diferentes critérios determinantes da incapacidade, um deles objetivo (o critério etário) e o outro subjetivo (o critério psicológico). Quando se trata de incapacidade decorrente de *critério cronológico (etário)*, a situação é facilmente demonstrável, porque submetida a um requisito objetivo, qual seja, a comprovação da idade da pessoa. Comprovada a idade, naturalmente, decorrem os efeitos jurídicos da incapacidade, vinculando todos os atos praticados pelo titular. No entanto, em se tratando de incapacidade (relativa) fundada em *critério subjetivo (psicológico)*, considerando que a incapacidade é excepcional, é exigível 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. E a chamada *ação de curatela* - e não mais *ação de interdição*, para garantir o império da filosofia implantada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. É o caso da incapacidade relativa das pessoas que, mesmo por causa transitória *não puderem exprimir sua vontade*" (CC, art. 4º), cuja incapacidade precisa ser reconhecida pelo juiz. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 241).

Por este motivo, a mudança na capacidade civil proporcionou um outro panorama para as pessoas com deficiência, diga-se de passagem, as

deficiências de caráter mental ou psicológico, uma vez que, ao se reconhecer a plena capacidade civil, houve a revogação de tutelas e curatelas para alguns que estavam interditados, por se entender que não seria mais necessário já que, pela lei, agora são pessoas plenamente capazes. Conforme explica o professor Cristiano Farias:

A partir da nova sistemática estatutária, a pessoa com deficiência não mais se enquadra, em boa hora, nas latitudes e longitudes da teoria das incapacidades, pelo simples fato de ter uma deficiência (física, mental ou intelectual). A incapacidade, todavia, pode *se* caracterizar quando uma pessoa, com ou sem deficiência, não puder exprimir a sua vontade (CC, art. 4º, III). Singrando esses mares, reconhecida a incapacidade, na ação de curatela, está legitimado o *Parquet* ao pedido de suprimento judicial de consentimento. Atuando como órgão agente (parte autora) do pleito, não há necessidade de atuação de outro Promotor de Justiça como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 65).

No entanto, ainda há a possibilidade de curatela, que agora tem um caráter, em regra, temporário e com limites de atuação apenas em questões patrimoniais e negociais. Também é novidade o instituto da tomada de decisão apoiada, o que é inédito em nosso ordenamento pois é a possibilidade que a pessoa com deficiência tem de eleger duas pessoas idôneas e de sua confiança para prestarem apoio nas suas decisões sobre os atos da vida civil no intuito de exercer com mais segurança a sua capacidade.

Nessa nova perspectiva houve uma mudança de paradigma baseada no princípio da dignidade da pessoa humana com a finalidade de proporcionar à pessoa com deficiência a sua inclusão social, bem como evitar os termos estigmatizados e de cunho pejorativo como "incapaz", "deficiente" e "retardado", sendo este último termo ainda presente no Código Penal Brasileiro.

Com essas mudanças, a pessoa com deficiência adquiriu direitos que antes não poderiam, em regra, exercer. Como, por exemplo, o direito ao casamento, o direito de poder gerar um filho ou de até mesmo adotar, bem

como o direito de ser tutor ou curador de outra pessoa. Além do direito ao trabalho, voto, profissionalização, habilitação e reabilitação.

Não obstante, a pessoa com deficiência ao ser considerada plenamente capaz adquiriu também obrigações na ordem civil, e não gozam mais da proteção legal dada aos incapazes, como por exemplo a nulidade absoluta dos negócios jurídicos, podendo ser anuláveis quando a pessoa com deficiência for considerada relativamente incapaz, conforme o art. 104 do Código Civil Brasileiro por faltar capacidade ao agente, consoante a redação do artigo supracitado:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

(BRASIL. Código Civil, 2002, art 104).

Portanto, não há mais que se falar em invalidade absoluta do negócio jurídico praticado por uma pessoa com deficiência, pois não se enquadram mais como incapazes e sim plenamente capaz ou relativamente incapaz, podendo ser ou não anuláveis, de acordo com o previsto no art. 166, inciso I, do Código Civil, conforme a sua redação:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 166).

Pode parecer injusto, mas é o que está expresso na legislação e, na medida em que não são mais absolutamente incapazes, perderam a proteção dada pela lei, pois em nosso ordenamento esse rol é taxativo, uma vez que é observado o princípio da segurança jurídica na aplicação da lei ao caso concreto. Não obstante, em casos onde a pessoa com deficiência estiver interdita através de curatela e, em razão disso, se tornar relativamente incapaz, poderá ter seus atos anulados se não tiver assistência para tal. Nesse sentido, corrobora Cristiano Farias:

Os atos praticados pelo curatelado, sem a representação ou assistência do curador, serão nulos de pleno direito ou anuláveis, a depender do grau de incapacidade. Sendo absoluta: nulos; relativa, anuláveis. Considerando que a pessoa com deficiência pode ser enquadrada como relativamente incapaz *quando não puder exprimir vontade*, o ato por ela praticado, sem a assistência respectiva, pode ser reputado anulável, jamais nulo, independentemente do grau de sua deficiência. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 315).

Uma outra mudança no panorama de direitos da pessoa com deficiência, por ter se tornado plenamente capaz ou podendo ser, no máximo, relativamente incapaz, é a observância do prazo da prescrição e da decadência, pois estes prazos não correm contra os absolutamente incapazes, mas corre contra os relativamente incapazes e plenamente capazes, sendo portanto, agora, de observância obrigatória, sob pena de perder a pretensão ou o direito, consoante a norma dos artigos 198 e 208, ambos do Código Civil que contem a seguinte redação:

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

(BRASIL. Código Civil, 2002, artigos 198 e 208).

Dessa forma, a pessoa com deficiência não goza mais da proteção legal aos prazos prescricionais ou decadenciais pois só poderão ser classificados como relativamente incapazes nos casos em que, por transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade, sendo que não há previsão de proteção dos prazos da prescrição e decadência para os relativamente incapazes, sendo apenas protegidos os absolutamente incapazes, uma vez que não correm os prazos supracitados contra estes. Nesse sentido Cristiano Farias ensina:

A partir da fórmula do inciso I do art. 198 da Codificação de 2002, com a redação emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, *somente não correm os prazos prescricionais contra os absolutamente incapazes*. Contra os relativamente incapazes, os lapsos prescricionais (extintivos e aquisitivos) correm regularmente, segundo a dicção legal. Assim, contra toda e qualquer pessoa com deficiência que *não puder exprimir vontade*, mesmo que por uma causa definitiva (como no exemplo de uma pessoa tetraplégica), a prescrição fluirá regularmente. Essa conclusão pode se mostrar extremamente injusta e perniciosa. Sem dúvida! [...] As raízes etimológicas da expressão permitem uma tradução explicativa: *contra aqueles que não podem agir, não fluem os prazos de prescrição*. Buscando as raízes da teoria, nota-se que o seu fundamento é de conteúdo ético: um prazo prescricional não pode correr contra aquele que está incapacitado de agir, mesmo não havendo previsão legal para a suspensão ou interrupção do prazo. A proposição, destarte, diz respeito a uma compreensão equitativa, e não legalista, das hipóteses de suspensão e de interrupção dos prazos extintivos. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 316).

Nota-se, contudo, que houve um prejuízo para as pessoas com deficiência em relação à proteção legal que não mais se aplica para estas, uma vez que a legislação tratou de forma expressa do assunto em relação à validade e nulidade dos negócios jurídicos, bem como dos prazos prescricionais e decadenciais, porém alguns doutrinadores defendem a flexibilização e a adoção da equidade para ser utilizada a proteção da suspensão ou da interrupção dos prazos para as pessoas com deficiência.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CIVIL DOS EFEITOS

A partir da mudança na legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Judiciário através de seus julgadores, teve a obrigação de aplicar a nova regra ao caso concreto, combinado a observância e o auxílio do Ministério Público, para fazer valer os novos direitos das pessoas com deficiência. Nesse ínterim da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, já foram emitidos diversos julgados nesse sentido de variadas cortes estaduais em todo o país.

Por se tratar de um direito novo, há ainda algumas divergências de entendimentos entre julgadores, uma vez que o próprio Estatuto deixou uma brecha para que o juiz aplicasse ao caso concreto o que fosse mais adequado, utilizando-se da equidade e da hermenêutica baseado na interpretação extensiva dada ao § 3º do artigo 84 da Lei 13.146 onde afirma "A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível".

Porém há juízes que estão aplicando a legislação tal qual se apresenta, não entrando na questão da equidade, apenas aplicando o que está expresso na lei. Isto tem se refletido nos mais diversos julgados, conforme pode se observar a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INTERDIÇÃO. CURATELA INTEGRAL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. INCAPACIDADE RELATIVA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. As regras de incapacidade destinam a proteger a pessoa do incapaz, isto é, são para pessoas que merecem cuidados do direito para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas.

2. A incapacidade com interdição tem causas diversas da insuficiência de idade legal. E para que haja a interdição é preciso ter pelo menos uma situação descrita: a) prodigalidade; b) embriaguez habitual ou vício em tóxico; c) impedimento permanente ou temporário para a expressão da vontade.

3. Como adventada lei 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com Deficiência), houve alterações no Código Civil trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela.

4. Não mais existe pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Desse modo, não há que se falar em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.

5. O decreto da interdição deve ocorrer quando o interditado for considerado relativamente capaz, porquanto a assistência tem cabimento em favor dos relativamente incapazes e, diferentemente da representação, o assistente pratica o ato ou negócio jurídico em conjunto com o assistido.

6. Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Sentença reformada.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.1031801, 20160310153756APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 12/07/2017, Publicado no DJE: 27/07/2017. Pág.: 313/319).

Neste Julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é possível observar a utilização à risca da Lei 13.146/15, ou seja, a 5ª Turma Cível entendeu seguir a lei seca em sua literalidade, não analisando profundamente o perfil do interditando, apenas cumprindo o exposto da inteligência da norma. Porém, no mesmo tribunal, mas em outra turma, mais especificamente a 6ª Turma Cível, houve um entendimento totalmente diferente, conforme a Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CURADORIA. LIMITES DA CURATELA. INTERDIÇÃO PLENA. DEPENDÊNCIA TOTAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. OBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ABRANDAMENTO DO RIGOR DA LEGISLAÇÃO DE INCLUSÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A interdição - exceção ao estado normal - refere-se à limitação individual extrema, na qual ocorre a privação do indivíduo, a priori com capacidade plena, contudo que requer restrição ao exercício de seus direitos e liberdades conferidos pela legislação.

2. Faz-se necessário o amparo e proteção ao interditando, sendo necessária a constituição da curatela para resguardar a segurança da pessoa interditada e de seus bens. Observa-se que o referido procedimento não visa apenas à proteção dos bens do curatelado, mas se mostra necessário à própria dignidade da pessoa humana que requer cuidados.

3. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), no entanto, trouxe alterações importantes com relação à curatela. De acordo com o art. 84, § 1º, do referido Estatuto, é possível a interdição de pessoa capaz, dispondo que, "quando necessário, a pessoa com

deficiência será submetida à curatela".

4. Nos termos do art. 85 da Lei 13.146/15, a curatela engloba apenas os aspectos patrimoniais, ou seja, os aspectos existenciais referentes à vida, sexualidade, matrimônio, educação, saúde, voto, trabalho, dentre outros, não serão afetados. Nessa nova perspectiva de tutela legal, os deficientes não mais são considerados absolutamente incapazes, e sim relativamente incapazes. Caso haja impossibilidade real e duradoura da pessoa manifestar sua vontade, será necessária a curatela.

5. Na hipótese de dependência total da pessoa com deficiência com terceiro, antes da observância da referida legislação de inclusão, torna-se indubitável a observância do fundamento-base da República Federativa do Brasil, qual seja, "a dignidade da pessoa humana".

6. Ressalte-se que não se ignora o disposto no art. 85 da Lei 13.146/15 e nem a vontade da sociedade brasileira de se realizar a inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, especificamente para as situações em que o deficiente depende totalmente de outra pessoa, é imprescindível o abrandamento do rigor tecnicista da legislação para fazer prevalecer o fundamento primordial de todo ser que é a dignidade da pessoa humana.

7. Assim, diante do conjunto probatório, verifica-se acertada a interdição, de modo pleno, abrangendo atos de natureza pessoal em razão da falta de discernimento para a tomada de qualquer decisão, ou para os simples atos de cuidado e até de higiene pessoal, circunstância que deve ser sopesada na eventualidade de decidir-se a respeito de eventual tratamento médico ou mesmo a ingestão de medicamentos. Logo, nesse diapasão, bem se vê que a interdição não pode ficar restrita a aspectos meramente patrimoniais

8. Verifica-se acertada a interdição, de modo pleno, abrangendo atos de natureza pessoal em razão da falta de discernimento para a tomada de qualquer decisão.

8. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.1043359, 20160310152995APC, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/08/2017, Publicado no DJE: 05/09/2017. Pág.: 310/353).

Conforme este julgado, a 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu diferente do exposto na norma do Estatuto ao realizar uma interpretação extensiva baseada na hermenêutica e julgar utilizando-se de equidade para decidir pelo que entendeu ser o mais justo a ser aplicado no caso concreto. Os julgadores desta turma entenderam por flexibilizar a nova norma trazida pela Lei 13.146/15 para aplicar a interdição plena abrangendo não apenas as questões patrimoniais e negociais, como também os atos de natureza pessoal em razão da falta de discernimento.

Nesse caso foi observado o perfil do interditando, o qual não tinha o menor discernimento para qualquer ato, sendo imprescindível ser representado, uma vez que não consiga exercer sua autodeterminação através de assistência, e necessita de acompanhamento para todos os atos de natureza pessoal, realizando dessa forma o abrandamento da nova regra em proveito do interditando com base no princípio da dignidade da pessoa humana, pois não lhe seria exigível ser assistido em atos apenas patrimoniais e negociais.

Outro julgado que decidiu no mesmo sentido de ser necessário a representação do interditando que não possuía discernimento para participar do ato juntamente com seu assistente, pois não poderia acompanhá-lo e nem tomar decisões em conjunto, foi o entendimento dos julgadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consoante a ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015). NOVOS CONCEITOS SOBRE CAPACIDADE CIVIL. FIM DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. A pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial tem reconhecida sua plena capacidade de autodeterminação. A deficiência, por si só,

não pode ser entendida como causa que interfira no discernimento da pessoa. Quando não puder exprimir a sua vontade, por causa transitória ou permanente, a pessoa é considerada relativamente incapaz (art.4º, III, Código Civil) e está sujeita à curatela (art.1.767, I, Código Civil). A depender do desenvolvimento mental do interdito e suas características pessoais, a pessoa em situação de curatela será representada ou assistida em determinados atos da vida civil, podendo, inclusive, praticar alguns autonomamente. A nomeação de curador é medida protetiva excepcional, restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial (arts.84 e 85, da Lei nº 13.146/2015). A interditanda está com 95 anos de idade e sofre com o mal de Alzheimer. Tem seu discernimento completamente comprometido, em razão da insanidade permanente e irreversível. Tendo em vista que seu estado psíquico não lhe permite praticar atos de disposição em conjunto com a curadora (sua filha), é recomendável que esta a represente nos atos de natureza patrimonial e negocial. PROVIMENTO DO RECURSO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO CÍVEL 0004362-34.2014.8.19.0007; Relator: Peterson Barroso Simão: Terceira Câmara Cível; Julgamento: 20/09/2017).

Por outro lado, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo teve um entendimento bem diferente no julgado a seguir onde o próprio Ministério Público pretendia a declaração de incapacidade para a prática de todos os atos da vida civil, não apenas os atos patrimoniais e negociais. Diante disto, a 9ª Câmara Cível entendeu que deveria ser aplicada a lei tal como se apresentar por não ter sido declarada inconstitucional, conforme a Ementa a seguir:

AÇÃO DE INTERDIÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECONHECIDA A INCAPACIDADE DO INTERDITADO DE PRATICAR ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL SEM O CURADOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE PRETENDE A

DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE PARA A PRÁTICA DE TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL. PARCIAL PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PORÉM, DIANTE DA SITUAÇÃO ESPECÍFICA DO INTERDITADO, DEVE SER DETERMINADO O ACOMPANHAMENTO, PELO CURADOR, NOS ATOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DO INTERDITADO, COMO CONTRATAÇÕES MÉDICAS, AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS, ETC. INCAPACIDADE PARA EXPRESSAR VONTADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
(BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1003461-42.2016.8.26.0344; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 25/07/2017; Data de Registro: 25/07/2017).

Destarte, é possível observar a discrepância de julgados sobre a mesma matéria, onde em alguns Tribunais os seus julgadores realizam um julgamento mais justo baseado na equidade, na interpretação sistêmica, na hermenêutica e no princípio da dignidade da pessoa humana no que se assemelha à dignidade-vulnerabilidade. Ao passo em que em outros julgados, seja do mesmo tribunal ou de outros tribunais estaduais, fica evidenciado o cumprimento da lei na estrita legalidade apresentada pela norma, sem analisar o perfil da pessoa e suas características, sendo aplicado ao caso concreto a lei como se apresenta.

3.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA ACERCA DA TEMÁTICA

Após a entrada em vigor da Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015, e, conseqüentemente, após as modificações no Código Civil Brasileiro, diversos doutrinadores civilista se posicionaram a respeito da nova regra trazida pela Lei Brasileira de Inclusão. Nesse sentido, Flávio Tartuce classificou os posicionamentos doutrinários em duas correntes, onde uma condena as modificações com base no princípio da dignidade-vulnerabilidade, e a outra defende e aplaude as inovações do Estatuto conforme o princípio da dignidade-liberdade. É o que Flávio Tartuce afirma:

Em suma, houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para os institutos de direito assistencial, em especial para a curatela. Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel – condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosendal, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão. (TARTUCE, 2017, p. 1493).

Assim, ao fazer essa classificação e após muito estudo e reflexão, o professor Flávio Tartuce afirma ser a favor das inovações, seguindo a corrente que defende o Estatuto com base na dignidade-liberdade, porém ressalta “que somente o tempo e a prática poderão demonstrar se o melhor caminho é mesmo a dignidade-liberdade, em vez da anterior dignidade-vulnerabilidade” (TARTUCE, 2017, p 1493).

Tartuce defende ainda que precisa ser feito alguns ajustes na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, onde, inclusive, manifestou um parecer favorável ao Projeto de Lei 757/2015 do Senado Federal de autoria dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, que pretende dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade.

Este projeto de lei também pretende dispor sobre os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil. Conforme Flávio Tartuce explana:

Reafirme-se, para fins didáticos, quanto aos absolutamente incapazes, passaram a ser apenas os menores de 16 anos, não havendo mais menção aos enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil (antigo inciso II do art. 3.º do Código Civil). Além disso, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade deixaram de compor o inciso III do art. 3.º, e agora constam do art. 4.º, III, como relativamente incapazes. Em suma, não existem mais pessoas maiores que são incapazes. Pontue-se que o Projeto de Lei 757/2015 pretende retomar a regra a respeito de pessoas absolutamente incapazes que não têm qualquer condição de exprimir vontade, sem que isso tenha relação com a deficiência, o que tem o apoio deste autor. Cite-se, a título de exemplo, a pessoa que se encontra em coma profundo. (TARTUCE, 2017, p. 1492).

Outro doutrinador que também está alinhado ao mesmo pensamento do princípio da dignidade-liberdade é o professor e jurista Pablo Stolze Gagliano, porém também teceu algumas críticas e considerações que achou necessário ao analisar a fundo a temática, apontado uma brecha autofágica e que o legislador não soube onde situar a norma ao se tratar como relativamente incapaz aquele que não puder exprimir a sua vontade e fez as seguintes pontuações em um de seus artigos públicos na rede mundial de computadores:

Por óbvio, tais pessoas estão absolutamente impedidas de manifestar vontade, não havendo sentido algum em considerá-las “relativamente incapazes”, como pretende o inc. III do art. 4º do CC, alterado pelo Estatuto. Menos sentido ainda há - sob pena de inversão da lógica de todo o sistema inaugurado - em se imaginar haver, nesta hipótese de incapacidade relativa, uma “brecha” para que as pessoas com deficiência ainda fossem consideradas incapazes. E pior: uma brecha inconstitucional e autofágica, pois, além de ferir

mortalmente a Convenção de Nova York, teria o condão de dismantlar a pedra fundamental do próprio Estatuto, que, com isso, destruiria a si mesmo. O cenário desenhado seria absurdo: desrespeitando-se flagrantemente o comando constitucional do art. 12 da Convenção e, ainda, em rota de colisão com os arts. 6º e 84 do Estatuto, as pessoas com deficiência, a despeito de contempladas com um novo conceito de capacidade legal, caso não pudessem exprimir vontade, seriam reputadas "relativamente incapazes". Surreal. Houve, sem dúvida, um "erro topográfico", na localização do texto do inc. III do art. 4º do Código Civil. É papel do intérprete corrigi-lo, e não amplificá-lo. Fica o convite à reflexão. (GAGLIANO, 2016, p 6).

Em outra oportunidade, Pablo Stolze reconhece a grandiosidade da nova lei que tratou a pessoa com deficiência de forma mais humana e igualitária em busca de mais inclusão social e cidadania, e teceu muitos comentários em uma de suas obras em conjunto com o doutrinador Rodolfo Pamplona Filho onde entende que é:

Verdadeira reconstrução valorativa na tradicional tessitura do sistema juri?dico brasileiro da incapacidade civil. Mas o grande desafio e? a mudanc?a de mentalidade, na perspectiva de respeito a? dimensa?o existencial do outro. Mais do que leis, "precisamos mudar mentes e corac?o?es. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 152).

Silvio de Salvo Venosa, um dos grandes doutrinadores clássicos civilistas, tratou do assunto em sua obra mais atual de Direito Civil, porém preferiu não analisar mais profundamente questão, fazendo algumas constatações sobre a nova modificação na capacidade civil trazidas peça mais recente diploma legal, pontuou que "Há possibilidade de questões complexas que podem advir dessa avaliação de incapacidade, mormente no tocante à validade dos negócios jurídicos." (VENOSA, 2017, p. 137).

O doutrinador e professor José Fernando Simão faz parte da corrente da dignidade-vulnerabilidade onde condena-se as modificações advinda do novo Estatuto, apesar de aplaudir a iniciativa, porém entende que a pessoa com deficiência deve ser protegida por ser vulnerável, e afirma causar perplexidade e preocupação na comunidade dos estudiosos civilistas. Nesse sentido, Fernando Simão faz as seguintes afirmações em seu artigo publicado na internet:

Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma. Contudo, nas notas conclusiva, propomos uma solução para a questão. (SIMÃO, 2015).

Já na opinião dos doutrinadores Cristiano Farias de Farias, Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto, em sua obra Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado, os autores fizeram uma reflexão mais aprofundada sobre o assunto em tela ao escreverem um livro comentando sobre a Lei Brasileira de Inclusão e fizeram a seguinte constatação:

Com tais percepções, cuidadosas e inexoráveis, concluímos que o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência somente contribui para um sistema jurídico mais justo e mais solidário. Refletindo, dá para lembrar a ideia de interregnum, ou seja, de um I tempo que serve para concatenar a mudança de diferentes valores sociais (...). Vivenciamos o momento de interregno, na mais pura acepção romanista da palavra: é um período de transição entre uma concepção patrimonialista, pela qual a pessoa com deficiência era vista como incapaz, um

fardo social, repartido entre família e Estado; e um novo tempo, no qual há uma verdadeira emancipação de direitos existenciais das pessoas com deficiência. Direitos, não favores. Afirmamos, assim, sem hesitações, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é norma em construção, não apenas imposta, ou sugerida. Altera a lógica de um sistema, inaugura uma nova forma de tratar o procedimento em juízo-para reconhecimento de eventual incapacidade de alguém. Corajoso, harmônico e responsável, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inaugura um novo tempo em que, apesar dos perigos, estamos atentos, estamos mais vivos, pra sobreviver, pra sobreviver. (FARIAS, CUNHA, PINTO, 2017, p. 241).

O fato de os autores supracitados terem escrito uma obra comentando a lei, certamente tenha os deixados mais inteirados em relação ao assunto pois foi necessário uma maior pesquisa para embasar a sua obra. E conforme os outros doutrinadores que seguem a linha da corrente dignidade-liberdade, os autores reconhecem a importância do Estatuto, mas também constata que há alguns problemas já relatados aqui quando da opinião de Flavio Tartuce e Pablo Stolze. Mas no quesito reconhecimento, os autores foram mais enfáticos e constata a mudança de paradigma onde não se trata apenas de uma questão patrimonialista, mas sim de um reconhecimento dos direitos das Pessoas com Deficiência que agora possuem mais liberdade.

Em linhas gerais, apesar de separado em duas correntes segundo a classificação do professor Flávio Tartuce, é possível observar que ambas as correntes reconhecem ter sido um grande avanço a nova Lei Brasileira de Inclusão, bem como apontam problemas na nova norma. O que é mais distinto nas opiniões é o fato do tamanho da extensão dos problemas, onde uns acreditam poder utilizar-se de hermenêutica e equidade para supri-los, e outros que analisam mais friamente a matéria, defendendo de modo mais legalista e fazendo pesadas críticas dessa nova realidade e mudança de paradigma.

CONCLUSÃO

Com a promulgação em 06 de julho de 2015 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, e sua entrada em vigor em 04 de janeiro de 2016, no intuito de cumprir as normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil no ano de 2009, processou-se alterações de cunho relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, com alterações e revogações de alguns artigos do Código Civil Brasileiro.

Essas modificações na legislação civilista, mais precisamente, as mudanças estruturais e funcionais em relação à teoria da incapacidade civil prevista na norma, afetou diretamente alguns dos institutos do Direito Civil, como exemplos: a interdição, a curatela, o casamento, os direitos à reprodução e o novo instituto da tomada de decisão apoiada. Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi assertivo na mudança da capacidade civil?

Além das modificações, houve também problemas que causaram uma antinomia gerada pelo Estatuto em descompasso com o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor logo após a vigência do Estatuto, e que revogou alguns incisos do Código Civil em relação à legitimidade para pedir a curatela, que, pela regra do Estatuto a própria pessoa teria legitimidade para propor a sua curatela. No entanto, ao entrar em vigor o novo CPC, este revogou a nova regra da legitimidade que havia sido estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, criando assim uma antinomia, ou seja, uma contradição das normas.

Nessa esteira, através dos novos panoramas apresentados pelo novo Estatuto, a pessoa com deficiência intelectual ou mental deixou de ser considerada incapaz e passou a ter capacidade plena, sendo dotada de capacidade de fato e capacidade de direito. Esta nova realidade trouxe consigo algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, criando opiniões contrárias que se dividiram em duas correntes, uma à favor da liberdade e independência com fulcro no binômio dignidade-liberdade, e outra contra a liberdade por entender que foi suprimida a proteção das pessoas tidas como vulneráveis, em consonância com o binômio dignidade-vulnerabilidade.

Ao analisar todas essas mudanças estruturais e funcionais, o presente trabalho procurou responder se, de fato, o novel Estatuto da Pessoa

com Deficiência foi assertivo na alteração da capacidade civil? Como hipótese para a pesquisa realizada, adotou-se a ideia de que o Estatuto da pessoa com deficiência ao modificar a capacidade civil trouxe consigo a liberdade, mas também prejuízos ao suprimir algumas proteções.

Dessa forma, ao fazer essa análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na capacidade civil, procurou-se, antes de tudo, analisar no primeiro capítulo a origem do Estatuto, que teve como ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil em 2009 com status de emenda constitucional. Após isso, examinou-se as modificações no Código Civil Brasileiro de 2002 com a entrada em vigor do novel Estatuto. Posteriormente observou os reflexos da Declaração Universal dos Direitos do Homem no ordenamento jurídico brasileiro, estando refletido desde o direito constitucional até o direito penal, civil, trabalhista e em tantos outros.

Em seguida, no segundo capítulo, foi analisado pormenorizadamente o instituto da capacidade civil, bem como explorando a teoria da incapacidade civil e suas proteções legais aos incapazes. Além disso, verificou-se as mudanças ocorridas na capacidade civil que gerou uma verdadeira reconstrução jurídica no âmbito da incapacidade civil, onde a pessoa com deficiência não é mais tecnicamente considerada incapaz. Em decorrência disso, foi imprescindível uma análise do instituto da curatela e como este agora passa a operar no direito em face da nova realidade, necessitando de muita interpretação e utilização da hermenêutica para resolver os problemas no caso concreto.

Posteriormente, no terceiro capítulo deste trabalho, operou-se uma análise da problemática da nova perspectiva e dos efeitos da mudança na capacidade civil, onde foi possível observar a mitigação da proteção legal. Após isso, passou-se a análise jurisprudencial civil dos efeitos, que refletiu uma discrepância de entendimentos e julgados sobre a mesma matéria. Por fim, averiguou-se qual a posição da doutrina acerca da temática, momento em que foi possível constatar duas correntes, uma a favor e outra contra as mudanças da capacidade civil, tendo em vista o binômio da dignidade-liberdade e dignidade-vulnerabilidade, respectivamente.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica de livros e artigos científicos publicados na internet sobre o tema, bem como as decisões jurisprudências. O viés metodológico foi o exploratório e a pesquisa foi de caráter qualitativa. Esta metodologia empregada foi eficaz na produção deste trabalho, apesar de ainda possuir poucas obras sobre o tema, foi possível concluir as indagações desta monografia.

A pesquisa foi conclusiva no sentido de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi, indubitavelmente, um grande avanço na inclusão social das pessoas com deficiência, onde se operou uma mudança de paradigma, em que não se trata mais apenas de uma questão tão somente patrimonialista, mas sim de um reconhecimento de direitos pessoais e de mais liberdade, com a finalidade de proporcionar uma autodeterminação.

Porém, a pesquisa constatou prejuízos no sentido de que, ao suprimir as hipóteses de incapacidade absoluta, o Estatuto retirou a proteção dada a toda e qualquer pessoa que se encontrasse impossibilitada de exprimir a sua vontade, seja por causa transitória ou permanente, independente de deficiência.

Por esse motivo, ainda há pontos a serem ajustados pelo legislador, no sentido de prever uma hipótese de incapacidade absoluta para as pessoas que não tenham qualquer condição de exprimir a sua vontade, independente de deficiência ou não, nos casos em que não se pode manifestar a vontade, como o de pessoas que estejam em estado de coma profundo, pois não seria exigível que estas fossem apenas assistidas, necessitando dessa forma que o Código Civil preveja mais uma possibilidade de incapacidade civil absoluta além daquela do menor de 16 anos, onde leva-se em consideração apenas o caráter etário.

Também é necessário ajuste nos casos em que a impossibilidade de manifestação da vontade se operar por intermédio de deficiência grave em que a pessoa for acometida e que seja imprescindível uma interdição plena incluindo os atos de natureza pessoal, além das questões patrimoniais e negociais, conforme o perfil do curatelado, por não poder exercer sua autodeterminação frente a falta de qualquer discernimento, e não ser exigível que este seja apenas assistido, uma vez que não possua consciência para

participar do ato juntamente de seu assistente, ficando a cargo do legislador incluir no rol das pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade, independente de deficiência, sem caráter discriminatório.

Portanto, o Estatuto operou uma grande mudança paradigmática em nosso ordenamento jurídico brasileiro ao promover a autodeterminação das pessoas com deficiência e concretizar a inclusão social baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, pesar disso, houve prejuízos na classificação de relativamente incapaz das pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade, independente de deficiência. E da falta de possibilidade de, em casos extremamente graves de deficiência, não poder realizar a curatela plena que incluía além dos atos patrimoniais e negociais, também os atos de natureza pessoal.

Como solução para esta pesquisa, já existe um projeto de lei para tratar de alguns ajustes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é o projeto nº 757/2015 de autoria dos Senadores Paulo Paim e Antônio Carlos Valadares, que está em tramitação perante o Senado Federal e que, inclusive, conta com a concordância favoravelmente de estudiosos civilistas, como é o caso do doutrinador Flávio Tartuce. Este projeto de lei vai ajustar especificamente os pontos supracitados, para que não se opere mais nenhum prejuízo e que as novas regras se consolide definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como na mentalidade da sociedade para que respeite efetivamente os direitos das pessoas com deficiência e que se tenha uma palpável inclusão social e cidadania acertada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1998. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.** Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL, **Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.1031801, 20160310153756APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 12/07/2017, Publicado no DJE: 27/07/2017. Pág.: 313/319. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.1043359, 20160310152995APC, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/08/2017, Publicado no DJE: 05/09/2017. Pág.: 310/353. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO CÍVEL 0004362-34.2014.8.19.0007; Relator: Peterson Barroso Simão: Terceira Câmara Cível; Julgamento: 20/09/2017. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1003461-42.2016.8.26.0344; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 25/07/2017; Data de Registro: 25/07/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=45670FF25CEB860B0092E22896639E29.cjsg3>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil - 34ª Ed., São Paulo: Saraiva 2017.

GAGLIANO, **Pablo Stolze**. **É o fim da Interdição?** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>> Acesso em: 21 ago. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

FARIAS, Cristiano Farias; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Glauber Salomão. **O Regime Jurídico da Capacidade Civil e a Pessoa com Deficiência. Manual dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo, **Famílias**, 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Disponível em:** <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. **Acesso em:** 24 ago. 2017.

PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. O novel Estatuto do Deficiente e seus impactos no regime civil das incapacidades: algumas indagações. **Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 mar. 2016. Disponível em:** <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55515&seo=1>. **Acesso em:** 28 set. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. **14ª edição, rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.**

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

*REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela.** Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>. *Acesso em:* 25 ago. 2017.

*SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II).** Disponível em:* <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. *Acesso em:* 25 out. 2017.

*TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I.** Disponível em:* <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. *Acesso em:* 25 ago. 2017.

*TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** - vol 1, 13º edição, 2017.*

TARTUCE Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil.** São Paulo: MÉTODO, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – vol. único, 7º edição, São Paulo, Método, 2017.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**. Vol – 1, 16ª Ed., Saraiva, 2016.

CESSÃO DE CRÉDITO E DIREITO SUPERVENIENTE

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, tendo ocupado o cargo de Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

O mundo jurídico é composto de diversos critérios legais, objetivos e subjetivos estabelecidos, sendo a cessão de crédito (que existe faz anos) um grande exemplo de direito efetivo e respaldado em teor de legalidade irrestrita. É comum a cessão de crédito em nosso país, sendo legalmente previsto e juridicamente abalizado.

Em linhas gerais, cessão de crédito perfaz a transmissão total ou parcial do direito de crédito do detentor do mesmo para um terceiro (via de regra e com maior incidência, ocorre por meio oneroso), não requisitando o consentimento do devedor (anuência), desde que não previsto disposição em contrário em instrumento contratual. No liame contratual, estão previstos em regra: Cedente (quem cede o crédito), o Cessionário (figura que adquire o crédito) e o “Devedor”. Importante salientar que a cessão de crédito transfere todos os direitos obrigacionais previstos no contrato originário, razão pela qual é seguro e muitas vezes interessantes em aspecto comercial, seja para Cedentes ou Cessionários e, inclusive, para o Devedor originário, que muitas vezes

consegue comercializar e quitar suposto débito com assertividade e, em certos casos, com desconto. (Ante prejuízo deflagrado em contrato).

Em soma ao exposto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a cessão de crédito (Artigos 286 e seguintes do Código Civil), consoante exposto no Código Civil, vide:

“...Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação...”

Ainda e consoante a previsão disposta em lei (Artigo 288 do Código Civil), elencamos que a transmissão de crédito (cessão), deverá ser efetivada via instrumento público ou particular, com solenidades do Artigo 654 do mesmo texto legal (se o caso) e, ainda, não requer anuência do devedor. Não menos importante, carece o cessionário de proceder com a notificação do devedor quanto aquisição e titularidade doravante do crédito, para devido e correto resguardo, vejamos o artigo 290 do Código Civil:

“...Art. 290 - Não terá validade em relação ao devedor a cessão, senão por notificado, em escrito público ou particular, ou seja, a notificação feita ao devedor é importante, principalmente, como meio de se evitar o pagamento efetuado indevidamente ao credor primitivo...”

Nesse sentido, temos que a cessão de crédito é legal e correta, com respectivo registro do instrumento público ou particular (instrumento padrão), com objeto lícito e, ainda, notificação do credor para devedor quanto cessão efetivada. Note que, as condições da cessão são claramente previstas no ordenamento jurídico pátrio e, em nenhum momento dispõe via lei sobre as condições monetárias ou negociais em que ocorreu a cessão de crédito, inclusive, por existir muitos contratos com cláusulas de confidencialidade (inclusive, de terceiros), que podem gerar conflitos de direitos individuais disponíveis, previstos em lei. Veja que, o devedor (cedido) pode e deve ter

conhecimento do documento ou contrato que originou a cessão de crédito (contrato principal e suas incumbências), com respectivo conhecimento das obrigações previstas no instrumento cedido (se total ou parcial) e, em tese, descumprido. Agora, ciência quanto aos detalhes da cessão entre cedente e cessionário (valores e daí por diante), não carece no escopo da dívida em aberto e detalhes eventuais processuais, justamente por não influenciar na relação obrigacional com cessionário ou cedente com cedido.

Recentemente, o respeitado Tribunal de Justiça de São Paulo/SP proferiu acórdão (2053473-37.2018.8.26.0000), em suma, alegando dever de cedente e cessionário em demonstrar o liame integral da cessão de crédito ao cedido (que não carece em dispositivo legal, e iremos abordar), bem como, indeferindo a substituição no polo da ação judicial (execução), do cessionário nas vias do cedente. Fato é que, em que pese a respaldada, cuidadosa e técnica decisão proferida para um caso singular (com persuasão racional e livre convencimento técnico dos brilhantes Desembargadores), e não adentrando no caso específico e, ainda, se fora correta ou não a decisão, é prudente relatar o quanto já abordado e decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento análogo ao caso em tela no liame de cessão e possibilidade de substituição de ente na ação, note julgamento em [Resp. 588.321-MS](#):

“...A lei não exige formalidade específica para a notificação, apenas esclarece que o devedor necessita declarar, em escrito público ou particular, a ciência da cessão. Na hipótese, esse objetivo foi alcançado, prova disso foi a manifestação do devedor/recorrido sobre o pedido de substituição, no processo, do cedente pelo cessionário. Assim, não há que se falar em ineficácia da cessão de crédito. Quanto ao fundamento da falta de anuência da parte contrária, o dispositivo legal aplicado pelo TJ foi o art. 42, § 1º, do CPC, que estabelece a necessidade de a parte contrária consentir com a substituição, no processo, do cedente pelo concessionário. Contudo o art. 567, II, do CPC dispõe que pode também promover a execução, ou nela prosseguir, o concessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por

ato entre vivos. O referido dispositivo, portanto, não exige a anuência da outra parte para que o cessionário ingresse no processo de execução no lugar do cedente. Na hipótese, cuida-se de processo de execução e embargos do devedor correspondentes. Dessa forma, havendo norma específica sobre a matéria (art. 567, II) no Livro II do CPC, que trata do processo de execução, não deve ser aplicada a regra geral observada no processo de conhecimento. Assim, na substituição de partes no processo de execução, pode ser dispensada a anuência do devedor. Com esse entendimento, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento para reformar o acórdão recorrido, permitindo a substituição no polo ativo da execução do cedente pelo cessionário. Precedente citado: Resp. 284.190-SP, DJ 20/8/2001. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/8/2005...”

Não menos importante e em julgamento de Recurso Repetitivo, o STJ também se manifestou no sentido de êxito em ingresso de cessionário em ação judicial, vejamos:

“...RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSO CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. SUCESSÃO PELO CESSIONÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OPOSIÇÃO DO CEDENTE. ANUÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 567, II, DO CPC. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009.

1. Em havendo regra específica aplicável ao processo de execução (art. 567, II, do CPC), que prevê expressamente a possibilidade de prosseguimento da execução pelo cessionário, não há falar em incidência, na execução, de regra que se aplica somente ao processo de conhecimento no sentido da necessidade de

anuência do adversário para o ingresso do cessionário no processo (arts. 41 e 42 do CPC). 2. "Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos - art. 567, inciso II do Código de Processo Civil -, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma inserta no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto" (AgRg nos EREsp 354569/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe 13/08/2010). 3. Com o advento da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, todas as cessões de precatórios anteriores à nova redação do artigo 100 da Constituição Federal foram convalidadas independentemente da anuência do ente político devedor do precatório, seja comum ou alimentício, sendo necessária apenas a comunicação ao tribunal de origem responsável pela expedição do precatório e à respectiva entidade. 4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008...".

Outrossim, o respectivo notável Tribunal de Justiça de São Paulo/SP (que muito respeitamos), em março de 2018 proferiu julgamento em Agravo de Instrumento 2226953-90.2017.8.26.0000, em outro caso análogo, com decisão em alguns aspectos opostas a abordada no início da matéria (proibindo substituição de polo ativo via cessionária), observamos nos detalhes:

"...AGRAVO DE INSTRUMENTO. CESSÃO DE CRÉDITO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Possibilidade de prosseguimento da execução pelo cessionário, independentemente de notificação da cessão de crédito. R. decisão mantida. Recurso não provido...

O artigo 290 do Código Civil dispõe sobre a eficácia em relação ao devedor. No caso, a notícia da cessão de crédito nos próprios autos já científica o devedor, não havendo necessidade da notificação prescrita no referido artigo 290 para eficácia da cessão.

Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA COMPROVADA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A ausência de notificação do devedor acerca da cessão do crédito (art. 290 do CC/2002) não torna a dívida inexigível, tampouco impede o novo credor de praticar os atos necessários à preservação dos direitos cedidos. 2. O Tribunal de origem concluiu que foi comprovada a PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Agravo de Instrumento nº 2226953-90.2017.8.26.0000 - Voto nº 28.454 - origem da dívida. No caso, essa conclusão não pode ser alterada nesta Corte, pois demandaria o reexame do conjunto fático probatório, o que atrai o óbice da Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1481621/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 11/09/2015)

Em tal seara, é crível alertar a possibilidade e eficácia da cessão de crédito em linha ao previsto no ordenamento jurídico (sem necessidade de informe ao cedido dos detalhes da cessão de crédito), com possibilidade efetiva de substituição de polo processual em ações judiciais, inclusive, em fase de execução. A ideia, sem dúvidas, não é trazer conflitos entre Câmaras ou órgãos distintos do Poder Judiciário, mas justamente reforçar o conceito e viabilidade da cessão de crédito, seu atendimento irrestrito ao ordenamento jurídico e evitar travas no cerne judicial que, acarretará novos recursos e demora no atendimento a todos os consulentes.

COMO ESCREVER UM ARTIGO JURÍDICO E PUBLICÁ-LO

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

RESUMO: Elemento obrigatório. Deve apresentar de forma concisa, os objetivos, a metodologia e os resultados alcançados. Sequência de frases concisas, afirmativas e não a enumeração de tópicos. Recomenda-se o uso de parágrafo único. Usar o verbo na voz ativa e na terceira pessoa do singular. Deve conter entre 100 e 250 palavras. Abaixo do resumo devem constar as palavras-chave ou descritores conforme a NBR 6028. Evite o uso de símbolos e contrações que não sejam de uso corrente e de formulas, equações diagramas e etc., que não sejam absolutamente necessários.

Palavras-chaves: Artigo científico. Normalização. Pesquisa.

1 INTRODUÇÃO

Na introdução do trabalho deve constar a definição do tema em linhas gerais, a delimitação do assunto estudado, o estabelecimento dos objetivos gerais e específicos, a apresentação da justificativa para a escolha do tema, a apresentação da metodologia e a indicação da organização do trabalho, ou seja, das partes que o compõem.

O texto do trabalho deve ser digitado com espaço entre as linhas de 1,5 (um e meio). Para as citações longas, notas de rodapé, referências, legenda das ilustrações e das tabelas, natureza (tipo de trabalho, objetivo, nome da instituição e área de concentração), o espaço entre as linhas deve ser simples.

De acordo com ABNT artigo científico "é parte de uma publicação com autoria declarada, que apresenta e discute ideias, métodos, técnicas, processos e resultados nas diversas áreas do conhecimento." (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2003a, p. 2).

2 DESENVOLVIMENTO

Parte principal do artigo, que contém a exposição ordenada e pormenorizada do assunto tratado. Divide-se em seções e subseções, conforme a NBR 6024, que variam em função da abordagem do tema e do método.

- 2.1...
- 2.1.1...
- 2.1.2...
- 2.1.2.1...
- 2.1.2.2...
- 2.1.2.3...

3 FORMATAÇÃO DE ILUSTRAÇÃO

Sua identificação aparece na parte superior, precedida da palavra designativa, seguida de seu número de ordem de ocorrência no texto, em algarismos arábicos, do respectivo título e/ou legenda explicativa. Após a ilustração, na parte inferior, indicar a fonte consultada (elemento obrigatório, mesmo que seja produção do próprio autor). A ilustração deve ser inserida o mais próximo possível do trecho a que se refere (ABNT, 2011).

FIGURA 1 – EXEMPLO DE FIGURA

Fonte: IBGE (2013)

4 FORMATAÇÃO DE TABELAS

De acordo com as Normas de Apresentação Tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (1993), tabela é uma forma de apresentação de dados numéricos, que possui a seguinte estrutura:

- a) Identificação da tabela;
- b) Elementos da tabela.

Agora um exemplo de tabela:

TABELA 1 – PESQUISA QUALITATIVA VERSUS PESQUISA QUANTITATIVA

Item	Quantid	Perce
-------------	----------------	--------------

	ade	ntual
Teoria social	22	7,9%
Método	34	12,3%
Questão	54	19,5%
Raciocínio	124	44,8%
Método de amostragem	33	11,9%
Força	10	3,6%

Fonte: MAYS (1997, p. 26)

Para construir uma tabela consulte a norma para apresentação tabular do [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística \(1993\)](#).

5 INDICATIVO DE SEÇÃO

O indicativo de seção precede o título, alinhado à esquerda, dele separado por um espaço de caractere.

6 FONTE

Conforme a NBR 14724 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2011) deve-se usar a fonte 12 para o texto e para as referências. Para as citações longas, notas de rodapé, paginação, legendas das ilustrações e tabelas, usar tamanho menor, sugerimos tamanho 10. Neste modelo foi utilizado a fonte "Arial".

7 CONCLUSÃO

Parte final do artigo, na qual se apresentam as conclusões correspondentes aos objetivos e hipóteses.

ATENÇÃO USUÁRIO! Ao submeter um artigo a uma revista, deve seguir as normas editoriais da revista.

Título do artigo: subtítulo (se houver) em língua estrangeira

Abstract

Elementos obrigatório, versão do resumo na língua do texto, para o idioma de divulgação internacional, com as mesmas características (em inglês *Abstract*, em espanhol *Resumen*, em francês *Résumé*, por exemplo)

Palavras-chave em língua estrangeira: Keywords. Palabras clave. Mots-clés.

Nota(s) explicativa(s)

A numeração das notas explicativas é feita em algarismo arábico, devendo ser única e consecutiva para cada artigo. Não se inicia a numeração a cada página.

Exemplos:

¹ Primeira nota

² Segunda nota.

³ Tereira nota.

REFERÊNCIAS

Indicar aqui todas as referências que foram citadas ao longo do artigo. Seguir as regras para elaboração de referências descritas na **seção 9** do “Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos: conforme normas da ABNT” da Unipampa.

Seguem abaixo alguns modelos mais frequentes de referências:

ALVES, Castro. **Navio negroiro**. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2002, 16:30:30.

BAILONA, Baltazar Agenor et al. **Análise de tensões em tubulações industriais**: para engenheiros e projetistas. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.481, de 3 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 126, n. 190, 4 out. 1988. Seção 1, parte 1, p. 19291-19292.

CASSOL, Glória Barbosa. Assessoria no Centro de Educação da UFSM: uma atividade dispensável?. In: SILVEIRA, Ada Cristina Machado da (Org.). **Práticas, identidade e memória: 30 anos de Relações Públicas na UFSM**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2003. p. 183-190.

CONJUNTURA ECONÔMICA. Rio de Janeiro: FGV, v. 38, n. 9, set. 1984.

FERREIRA, Paulo Henrique de Oliveira. O jornalismo on line. **Revista de Estudos de Jornalismo**, Campinas, v. 6, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2003.

JONACK, Marco Antonio; MURTA, Cristina Duarte. Limite de capacidade e proteção se servidores em redes gigabit. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE REDES DE COMPUTADORES, 2006, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Sociedade Brasileira de Computação, 2006. p. 179-194.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, M. M. L. Crimes da era digital. **Net**, Rio de Janeiro, nov. 1998. Seção Ponto de Vista. Disponível em: . Acesso em: 28 nov. 1998.

SILVA, R. N.; OLIVEIRA, R. Os limites pedagógicos do paradigma da qualidade total na educação. In: CONGRESSO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFPe, 4., 1996, Recife. **Anais eletrônicos...** Recife: UFPe, 1996. Disponível em: . Acesso em: 21 jan. 1997.

SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. São Paulo: Cortez, 2009. 1 CD-ROM.

Como escolher uma revista para publicar o seu artigo

Atualmente, há milhares de periódicos científicos no mundo. Diante desse vasto universo bibliográfico, como escolher a revista onde você vai publicar uma descoberta que acabou de fazer?

Hoje o sistema varia desde periódicos generalistas que publicam sobre qualquer ciência (como a Science) até os especializados em apenas uma área específica (como o Journal of Animal Ecology).

Escolher uma revista não é uma tarefa fácil. Contudo, há 10 anos ou mais, publicar não era uma coisa tão complicada quanto hoje. Primeiro, porque havia menos revistas científicas, logo o universo de escolha era bem menor. Segundo, porque não vivíamos a paranoia do Culto Apocalíptico do Fator de Impacto, então escolhíamos a revista principalmente com base no escopo (qual assunto ela foca) e no prestígio (quanto os seus pares a consideram boa).

Resumindo, na prática, escolhíamos revistas em duas etapas. Primeiro, líamos muitos e muitos periódicos, já que achávamos os artigos principalmente em revistas impressas, assinadas por bibliotecas universitárias. Através dessas leituras formávamos a nossa própria opinião sobre o que e como cada revista andava publicando recentemente. segundo, conversávamos com colegas e coletar opiniões sobre o escopo e a qualidade das revistas que eles conheciam e liam, assim como sobre a quantidade de leitores de cada revista e sua amplitude geográfica de distribuição.

Com base na avaliação subjetiva desses critérios, decidíamos quais revistas tinham mais a ver com o manuscrito em questão. Dentre elas, decidíamos quais eram as melhores e em quais dessas o manuscrito teria mais chance de ser aceito. Todos aprendiam que era preciso mandar um manuscrito saído do forno para uma revista que estivesse publicando sobre o mesmo assunto na época, concordasse com a abordagem usada no trabalho (sempre houve brigas entre clubinhos científicos) e fosse lida pelo maior número possível de pessoas.

Era um trabalho minucioso, baseado no hábito da leitura frequente e em profundidade e na experiência de orientadores e colegas mais velhos. Só que as coisas mudaram e, nas últimas décadas, entregamos a maioria das boas revistas nas mãos de grandes editoras internacionais. Passamos a cultivar cegamente os índices cienciométricos.

Desta forma, hoje em dia o fator de impacto se tornou o principal critério usado pela maioria dos cientistas na escolha do veículo de publicação das suas descobertas. Resumidamente, significa dizer que quanto mais citados são os artigos de uma revista, mais atraente ela se torna para os cientistas de uma determinada área. Só que o fator de impacto não é único e nem mesmo a melhor medida da qualidade de uma revista. Há diversos fatores qualitativos

que devem ser levados em conta, como o histórico, o viés e a reputação da revista.

Aviso: só considere publicar seu artigo em revistas indexadas em bases de dados renomadas, como Web of Science, Scopus e Scielo, salvo raras exceções (um outro dia escreverei um post sobre a importância de algumas revistas não-indexadas). E não seja tão preguiçoso e ingênuo a ponto de usar ferramentas automatizadas para escolher revistas.

Responda para si mesmo as seguintes perguntas, nesta ordem:

1. Quais revistas publicam artigos sobre o mesmo tema ou sobre temas correlatos do meu manuscrito?

Esta é a pergunta mais importante de todas. Não adianta mandar um manuscrito sobre lofoforados para uma revista de mastozoologia. E muitas vezes as diferenças não são tão óbvias quanto no exemplo anterior: você precisa ser capaz de notar sutis vieses que diferem entre revistas sobre um mesmo tema.

Primeiro, preste atenção às revistas que você mesmo está citando no seu manuscrito. Sim, isso mesmo! Se, dentre o bolo de referências, você notar que uma ou duas revistas aparecem recorrentemente, considere seriamente submeter seu trabalho a uma delas. Esse é um dos melhores sinais para descobrir quais revistas têm o escopo adequado.

Depois, descubra o que as revistas da área andando publicando ultimamente. Você só vai responder essa pergunta corretamente se for um ávido consumidor de literatura científica e, além disso, tiver o costume de associar artigos a revistas. Essa segunda tarefa ocorria automaticamente no passado, mas hoje fazemos buscas bibliográficas em índices online, através das quais encontramos listas de artigos de várias fontes. Basta clicar e pegar o PDF direto. Muitos perderam o costume de saber naturalmente qual é o perfil de cada revista e os colegas mais novos nem sequer chegaram a desenvolver esse feeling.

Tente resgatar essa arte de conhecer o jeitão de cada revista. Assine RSS, Twitter, TOC por e-mail, Facebook e alertas em geral criados por várias revistas

e crie o hábito de prestar atenção às mensagens subliminares deles. Assim, você vai reconhecer que cada revista tem preferências por determinados assuntos e abordagens; há importantes diferenças de escopo mesmo entre as revistas mais gerais de uma mesma área, como a Oikos e a Oecologia.

2. Dentre as revistas que têm a ver com o meu manuscrito, de quais eu gosto mais?

Este pode parecer um critério altamente subjetivo. E de fato é mesmo! A gente não escolhe revistas apenas com base em critérios objetivos ou quantitativos. Isso é uma ilusão.

O segundo critério que nós usamos para escolher uma revista é o quanto nós gostamos dela: ou seja, o quanto os trabalhos que ela publica têm nos ajudado a descobrir as fronteiras do conhecimento no tema de interesse. Procuremos sempre publicar nas revistas que admiramos, independentemente de estarem na moda ou no topo dos rankings cientiométricos.

3. Qual é a reputação de cada revista?

Faça como antigamente. Leia muito e converse com os seus colegas. Com um pouco de experiência na área, você vai saber quais revistas são consideradas melhores ou piores pelos seus pares, com base em critérios melhores do que meramente o fator de impacto. Há revistas reconhecidas como inovadoras, outras como mornas, outras como picaretas.

4. Qual é o rigor de cada uma dessas revistas que passaram pelos três primeiros filtros?

Hoje em dia, por causa da crise na publicação científica que vivemos, as melhores revistas encontram-se completamente engarrafadas. Ou seja, elas recebem muito mais submissões do que são capazes de processar e, que dirá, publicar. Assim, os editores-chefes, editores associados e editores de recebimento tornaram-se ultra rigorosos. Na verdade, alguns tornaram-se arrogantes mesmo, pois têm o torresmo e a pinga na mão.

O fato é que muitos editores procuram pelo em ovo, no afã de rejeitarem vários artigos e, assim, fazerem a fila andar mais rápido. Antigamente, era

possível argumentar com o editor, caso você não concordasse com a rejeição de um artigo, se os seus argumentos fossem convincentes, você poderia até mesmo mudar o jogo. Mas, hoje, alguns editores ficam ofendidos quando alguém questiona suas decisões.

Bom, então considere o nível de rigor de cada revista, com base na sua experiência e na dos seus colegas. Isso vai evitar que você perca tempo ou se estresse à toa. Às vezes, vale mais a pena publicar numa revista igualmente boa, mas não tão top; pense bem.

5. Quais dessas revistas são pagas e quais são 0800?

Se você for um dos sortudos que estudam ou trabalham em uma universidade pública ou grupo de pesquisa que banca as suas publicações, pule para o conselho 6. Se não for, confira o seu bolso.

Desde sempre houve revistas pagas e revistas gratuitas. Ou seja, em algumas revistas o autor sempre precisou pagar pela publicação. Podia ser tornando-se membro da sociedade científica que edita a revista ou pagando avulso por página impressa. O problema é que, hoje em dia, a maioria das revistas está nas mãos de grandes editoras internacionais, que cobram preços exorbitantes pela publicação. Como se não bastasse, algumas ainda restringem o acesso aos PDFs apenas aos assinantes da revista: ou seja, cobram nas duas pontas, do autor e do leitor!

Essas editoras nem sequer pagam pelo trabalho dos revisores e editores; isso sem contar que elas também não geram o conteúdo científico dos artigos, que vem de pesquisas financiadas com verbas públicas na maioria dos casos. Por outro lado, há também revistas comerciais, mas open access, que cobram do autor, mas não do leitor, criando um sistema mais justo. Só que algumas delas cobram caro demais, tendo margens de lucro obscenas em alguns casos.

Sendo assim, não adianta mandar o seu manuscrito para uma revista que lhe arrancará os olhos da cara, se você não tiver grana para pagar as page charges. Contudo, algumas revistas, especialmente as open access, costumam dar waivers, ou seja, descontos para pesquisadores de países subdesenvolvidos. O Brasil costuma se enquadrar nessa categoria, mesmo sendo uma das economias Top10 do mundo, porque é notório que a maioria das universidades

por aqui não destina recursos para publicações. Sendo assim, arrisque pedir um waiver, pois quem não chora, não mama.

6. Depois de todas essas peneiras sucessivas, qual é o fator de impacto das revistas que sobraram?

Sim, infelizmente, concordando ou não com essa história de fator de impacto, você precisa levar essa famigerada métrica em conta hoje em dia.

Programas de pós-graduação, agências de fomento, universidades, centros de pesquisa e outras instituições acadêmicas brasileiras usam o fator de impacto, na verdade uma métrica da revista, para avaliar a qualidade individual de cada cientista. Não, isso não faz o menor sentido, mas virou moda fazer avaliações baseadas no Índice Qualis da CAPES, que por sua vez é parcialmente baseado no fator de impacto medido pelo Journal Citation Reports.

Logo, se você for um aluno brasileiro de pós-graduação, deverá ter pelo menos alguns artigos Qualis B1+ (ou seja, B1, A2 ou A1) no seu currículo. Isso, se você quiser ter alguma chance de concorrer a uma bolsa de pós-doutorado ou a um emprego temporário ou permanente como professor universitário ou pesquisador.

7. Conselhos finais

Nada ajuda mais a escolher bem uma revista do que ler, ler e ler. E ouvir os conselhos dos seus pares, é claro.

Além disso, tenha um pouco mais de personalidade do que a maioria dos seus colegas e evite se basear apenas nas modinhas derivadas do culto ao fator de impacto.

Por fim, não se frustre caso o seu artigo seja rejeitado na primeira tentativa, por mais que você tenha caprichado na pesquisa, na redação e na seleção da revista. Hoje, há cientistas demais para revistas top de menos. Logo, é normal ter que submeter um mesmo manuscrito a três ou mais revistas top antes de conseguir que ele seja aceito.

O importante, se você realmente acreditar na qualidade do seu artigo, é não desistir de publicá-lo bem. Há um círculo especial no inferno reservado para cientistas que queimam papers bons em revistas ruins por preguiça.

Ferramentas e sites para encontrar artigos científicos

Quando se trata de encontrar algo, nada melhor do que o Google, para nossa sorte eles também fizeram uma ferramenta voltada para pesquisa e ciência, o Google Scholar ou Google Acadêmico que é um bom ponto de partida para pesquisar sobre um tema ou artigos científicos de uma determinada área.

É muito importante que você saiba melhor a importância do Google Scholar para sua vida acadêmica. Para uma lista mais completa de ferramentas e sites você pode conferir a lista 100 sites indispensáveis de pesquisa científica e acadêmica.

Critérios de avaliação de trabalhos científicos

Os avaliadores dos eventos, revistas e periódicos seguem uma linha geral de avaliação que é importante sempre atentar na hora de realizar as revisões finais do seu artigo:

1. Relevância (enquadramento do artigo) – observe se o artigo produzido se adequa a publicação ou evento. É importante uma pesquisa prévia de quais eventos e publicações, mas se adequa ao seu artigo produzido.
2. Originalidade – no geral os avaliadores são pessoas experientes que já possuem um vasto conhecimento na área para detectar se um trabalho produzido é original ou possui cópias demasiadas.
3. Mérito técnico-científico – atentar para a clareza da metodologia científica aplicada e os resultados obtidos que sejam relevantes para a área de pesquisa.
4. Apresentação (conteúdo com forma) – atentar para as normas e modelos estabelecidos pelo evento ou publicação. Desrespeitar as regras e formatos em muitos casos pode resultar na reprovação do artigo.

5. Organização e legibilidade (readability) – uma boa escrita, comunicação e utilização de boas práticas e normas da área de pesquisa é essencial para que os avaliadores possam entender de forma clara o trabalho.

6. Referências (normas adotadas, mais conhecida na área da saúde – estilo de Vancouver, com a citação das referências no texto na ordem numérica) – sempre que forem utilizadas referências para comparativos e direcionamento da pesquisa é obrigatório realizar a citação e ao final organizar a lista de referências utilizadas. Além dessa linha geral cada banca poderá ter seus próprios critérios específicos de avaliação, que no geral são discriminadas na chamada para submissão. Estudar esses critérios é a melhor forma de aumentar suas chances de publicação do artigo

Conclusão

Sites para você publicar artigo jurídico na internet

Jusbrasil

O page rank do Jusbrasil é de 06/10. De todos, é o que conta com maior visibilidade de leitores (32 milhões de acessos mensais).

Seu editor de texto é personalizado e simples. Ideal para quem deseja produzir artigos informativos de qualidade para o público leigo e profissionais da área jurídica. Costuma ser listado entre os principais resultados em mecanismos de busca como o Google.

É também um espaço para quem quer divulgar escritos acadêmicos, científicos e modelos, já que é o site jurídico brasileiro mais acessado. Por ter um perfil mais colaborativo e menos burocrático, o site não possui ISSN.

Âmbito Jurídico

O Âmbito Jurídico possui ISSN e os artigos passam por uma seleção de conselho editorial. Conta com a emissão de certificados de publicação, mas apenas para quem passar pelo conselho. Uma característica do site é que não se pode apagar os artigos depois, como consta nas regras de publicação.

O cunho do portal é mais estritamente acadêmico, não indicado para leigos que procurem seus direitos na internet. O envio dos artigos é feito por e-mail e o site não possui editor de texto. Seu page rank é 04/10.

Lex Magister

O Lex Magister também possui ISSN e conta com uma seleção de conselho editorial. Uma de suas características é que o artigo pode ser direcionado a produtos pela Lex. Não possui editor de texto próprio e o envio é pelo e-mail.

O site tem um forte cunho acadêmico, inadequado para o público leigo, mas trata-se de uma revista com muita experiência e já a bastante tempo na ativa, fruto de uma união entre a Lex Editora e a Editora Magister. O page rank é 0/10.

Jus

Anteriormente chamado de Jus Navigandi, o Jus tem um page rank de 05/10. Também possui ISSN para suas publicações e igualmente conta com uma seleção de conselho editorial. O certificado é apenas para os artigos escolhidos, mas é possível publicar e deixar o artigo disponível no site.

O Jus possui um editor de texto personalizado para que as pessoas possam escrever diretamente no site. Tem foco acadêmico, mas também atinge o público leigo.

DireitoNet

O page Rank do DireitoNet é de 05/10 e o site não possui ISSN. É bem fácil encontrá-lo quando se pesquisa assuntos acadêmicos e artigos objetivos para estudo, sendo ao mesmo tempo acadêmico e informal. É possível escrever para o público leigo, mas o foco maior é estudantil.

Não conta com um editor de texto próprio e o envio de textos é por um formulário de publicação.

Conteúdo Jurídico

O site Conteúdo Jurídico tem foco totalmente acadêmico, indicado para quem quer algo mais formal, e não para quem quer um cunho mais informativo e voltado ao público leigo em geral. Não possui um editor de texto e o envio dos artigos é feito pelo e-mail. O page rank do site é de 02/10 e o site possui ISSN.

Conjur

Já bem conhecido, no Conjur você precisa enviar o artigo por e-mail para ser avaliado, em formato word. Segundo o próprio site, devido à grande quantidade de envios de artigos que recebem, muitos acabam sendo descartados no processo, mesmo os com qualidade.

O page rank do site é 06/10 e os artigos costumam ser mais formais, porém, não necessariamente acadêmicos. É mais voltado para o jurista que quer manter-se atualizado e possui ISSN.

Revistas nacionais:

1) Revista Direitos Fundamentais e Democracia – UniBrasil
<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>

2) Consilium – Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário UNIEURO
<http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas.asp>

3) Conpedi <http://publicadireito.com.br/publicacao/uninove/>

4) Verba Juris – Anuário da Pós-Graduação em Direito
<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/issue/current>

5) Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos

<http://www.vidajuridicaacademica.com/2013/04/chamada-de-artigos-da-revista.html>

6) Revista "Direito" publicação periódica da Faculdade de Direito Padre Anchieta

<http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito/direito.asp>

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591128>

7) Revista da PUC-MG
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/archive>

8) Revista Direito e liberdade da ESMARN
http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade

9) Direito e Justiça – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/issue/current

10) Direito & Justiça – PUC-RS
<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir>

11) Direito em Foco – UNIFIA – Centro Universitário Amparense
<http://www.unifia.edu.br/projetorevista/artigos/direitoemfoco.html>

12) Revista Direito Público – Revista oficial do Programa de Mestrado Constituição e Sociedade do IDP
<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/index>

13) FIDES – Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade
<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br>

14) Juris Revista do Departamento de Ciências Jurídicas (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) <http://www.seer.furg.br/juris>

15) Justiça (Justiç@) – Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal
<http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/index.html>

16) Lex Humana <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>

17) Lex Magister <http://www.lex.com.br/DetalheProduto.aspx?id=67>

18) Lex Magister <http://www.lex.com.br/DetalheProduto.aspx?id=78>

- 19) Novos Estudos Jurídicos <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej>
- 20) Observatório da Jurisdição Constitucional
<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>
- 21) Panóptica – Revista Eletrônica Acadêmica de Direito
<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op>
- 22) Prisma Jurídico – Universidade Nove de Julho
<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma>
- 23) Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização – UniCEUB
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma>
- 24) REJUR – Revista Eletrônica Jurídica do Curso de Direito – PUC/PR
<http://revistas.facecla.com.br/index.php/redir>
- 25) Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI (UFPR)
<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint>
- 26) Revista da ESMARN
http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/index
- 27) Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia
<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir>
- 28) Revista da Faculdade Mineira de Direito – Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito>
- 29) Revista de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá – UEM
<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid>
- 30) Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR
<http://revistas.unipar.br/juridica>
- 31) Revista de Direito Internacional – Centro Universitário de Brasília
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi>

- 32) Revista de Direito Internacional – Centro Universitário de Brasília
http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/index
- 33) Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas
http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/index
- 34) Revista Direito e Práxis <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju>
- 35) Revista Discurso Jurídico – Faculdade Integrado de Campo Mourão/PR <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico>
- 36) Revista do Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul
<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>
- 37) Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina – UEL
<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub>
- 38) Revista Eletrônica da Escola Paulista de Direito Social – EPDS
<http://www.epds.com.br/site/index.php?link=revista>
- 39) Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP
<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/index>
- 40) Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo
– UPF
http://www.upf.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=18&Itemid=22
- 41) Revista Eletrônica de Direito Internacional – Centro de Direito Internacional
– CEDIN
<http://www.cedin.com.br/site/internas/publicacoes/publicacoes/revista.html>
- 42) Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC
(Faculdade de Direito UFRGS) http://www.ufrgs.br/direito/?page_id=254
- 43) Revista Eletrônica Direito e Política – UNIVALI
<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp>

44) Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Faculdade São Roque
http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/publi_atual_drt.html

45) Revista Eletrônica VirtuaJus – PUC-MG
http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/virtuajus_capa.html

46) Revista Internacional de Direito e Cidadania <http://reid.org.br/>

47) Revista Jurídica – FURB <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/index>

48) Revista Jurídica da Presidência
https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy3_of_vol-15-n-106-jun-set-2013/menu-vertical/apresentacao

49) Revista Jurídica Democracia, Direito & Cidadania – UNIUBE
<http://www.revistajuridica.uniube.br/index.php/ddc>

50) Revista Quaestio Iuris <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>

51) Revista Virtual Direitos Humanos – OAB
<http://www.oab.org.br/revistacndh/mainnovo.html>

52) RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj>

53) Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos – Universidade Federal de Santa Catarina <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/index>

54) Scientia Iuris – Revista do Programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris>

55) Virtù Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional
<http://br.vlex.com/source/virtu-filosofia-juridica-teoria-constitucional-4587>

Revistas Internacionais:

- 1) Boletim jurídico da Universidade de Coimbra
<http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/bfdc>
http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/studia_juridica
- 2) Actualité et Droit International: Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale <http://www.ridi.org/adi/>
- 3) American University Human Rights Brief
<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/index.cfm>
- 4) American University Journal of Gender, Social Policy & the Law
<http://www.wcl.american.edu/journal/genderlaw/>
- 5) Anuario Mexicano de Derecho Internacional – Universidad Nacional Autónoma de México
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/presentacion.htm>
- 6) Berkeley Journal of International Law <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/>
- 7) Berkeley Journal of Gender Law & Justice
<http://genderlawjustice.berkeley.edu/>
- 8) Boletín Mexicano de Derecho Comparado
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/>
- 9) Boston College of Law International & Comparative Law Review
<http://iclr.bclawreview.org/>
- 10) Boston University International Law Journal
<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/index.html>
- 11) Columbia University Human Rights Law Review
<http://www3.law.columbia.edu/hrlr/>
- 12) Columbia University Journal of Law and Social Problems
<http://www.columbia.edu/cu/jlsp/>

13) Connecticut Journal of International Law
<http://www.law.uconn.edu/node/1945>

14) Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho – CEFD
<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/index>

15) Cuestiones Constitucionales
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/>

16) Cuestiones Jurídicas. Universidad Rafael Urdaneta
<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revistacj.htm>

17) Diálogos de Derecho y Política – Universidad de Antioquia
<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol>

18) Díkaion – Revista de Fundamentación Jurídica – Universidad de La Sabana
<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion>

19) Derecho y Ciências Sociales – Universidad de la Plata
<http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar/>

20) Droit & Societé <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-en-ligne.htm>

21) Duke Journal of Comparative & International Law <http://djcil.law.duke.edu/>

22) Duke Law and Contemporary Problems <http://lcp.law.duke.edu/>

23) East European Constitutional Review <http://www3.law.nyu.edu/eecr/>

24) eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law
<https://elaw.murdoch.edu.au/index.php/elawmurdoch>

25) Emory International Law Review <http://www.law.emory.edu/student-life/law-journals/emory-international-law-review.html>

26) Goettingen Journal of International Law <http://www.gojil.eu/>

27) Gaceta Laboral <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/gl>

- 28) Harvard Human Rights Journal. Harvard University Law School.
<http://harvardhrj.com/>
- 29) Revista de derecho do Uruguai <http://revistaderecho.um.edu.uy/>
- 30) Harvard Latino Law Review <http://harvardllr.com/>
- 31) Harvard University International Law Journal <http://www.harvardilj.org/>
- 32) INDRET – Revista para el Análisis del Derecho <http://www.indret.com/es/>
- 33) International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional – Pontificia Universidad Javeriana
<http://revistainternationallaw.javeriana.edu.co/index.php?Cn=10>
- 34) International Review of the Red Cross
<http://www.icrc.org/eng/resources/international-review/>
- 35) Journal of Constitutional Law <https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/>
- 36) Journal of Laws & Social Problems <http://www.columbia.edu/cu/jlsp/>
- 37) Journal of South Pacific Law. University of South Pacific.
<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>
- 38) Jerusalem Review of Legal Studies – University of Oxford
<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/>
- 39) Opinión Jurídica
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_serial&pid=1692-2530&nrm=iso&rep
- 40) Pontificia Universidad Católica de Chile <http://www.uc.cl/>
- 41) Revista de Derecho <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho>
- 42) Revista Eletrónica de Estudos Internacionais <http://www.reei.org/>
- 43) Revista Jurídica – Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas – UNIVERSI <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php>

44) Revista Chilena de Derecho
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_serial&pid=0718-3437

45) Revista General de Derecho Europeo
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13

46) Seattle Journal for Social Justice
<http://www.law.seattleu.edu/academics/journals/sjsj>

47) SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos <http://www.surjournal.org/>

48) Temple International and Comparative Law Journal <http://trolp.org/>

49) Yale Law Journal <http://www.yalelawjournal.org/>

50) Revista Estudios constitucionales da Universidade de Talca, no Chile
<http://www.cecoch.cl/htm/Imagenes.htm>

51) ius et plaxis da Universidade de Talca
<http://www.atalca.cl/link.cgi//Revistas/2263>

52) Revista Universum <http://www.atalca.cl/link.cgi//Revistas/2267> ou
<http://universum.atalca.cl/>

53) Gaceta Laboral do México
http://132.248.9.1:8991/F/9PY1QGENXQ9QMYBIDKEHAVPKHF6VYYIRK2IHLB3R8ATG2GQ7G8-26279?func=full-set-set&set_number=020942&set_entry=000007&format=999

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: **informação e documentação**: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

MEDEIROS, João Bosco; ANDRADE, Maria Margarida. **Manual de elaboração de referências bibliográficas**: a nova NBR 6023:2000 da ABNT: exemplos e comentários. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar referência bibliográfica**. 7. ed. São Paulo: Humanitas, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUAS FUNÇÕES: PRESSUPOSTO, CRITÉRIO E LIMITE

LAURA STEFENON FACHINI: Mestranda em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O princípio da capacidade contributiva possui enorme importância para o direito tributário, visto constituir elemento base para a criação e aplicação das normas impositivas. Não obstante sua relevância, é esquecido por parcela da doutrina brasileira, razão pela qual sua conceituação e seu alcance ainda não possuem definições precisas. O presente trabalho busca esclarecer o significado do princípio, bem como o seu âmbito de aplicação. Mediante pesquisa bibliográfica, pretende-se demonstrar que a capacidade contributiva limita a atuação do Estado e oferece proteção ao contribuinte por meio de três funções: pressuposto, critério e limite. O princípio atua tanto condicionando a escolha das hipóteses de incidência e protegendo o mínimo vital quanto determinando a graduação da carga tributária e fixando limites mínimos e máximos para a tributação.

Palavras-chave: Princípio da capacidade contributiva. Função de pressuposto. Função de critério. Função de limite.

Abstract: The ability to pay principle is of great importance for tax law, since it constitutes a basis for the creation and application of tax rules. Notwithstanding its relevance, a portion of the Brazilian doctrine forgets it, which is why its conceptualization and its scope still do not have precise definitions. This paper intends to clarify the meaning of the principle as well as its scope. Through bibliographical research, it is intended to demonstrate that the ability to pay principle limits the State action and it protects the taxpayer by means of three functions: assumption, criterion and limit. The principle acts both by conditioning the choice of events of levy and by protecting the vital minimum and by determining the gradation of tax burden and by setting minimum and maximum limits for taxation.

Keywords: Ability to pay principle. Assumption function. Criterion function. Limit function.

Sumário: Introdução. 1. Capacidade contributiva na história. 2. Conceituação do princípio. 3. Funções derivadas do princípio da capacidade contributiva. 3.1. Função de pressuposto. 3.2. Função de critério. 3.3. Função de limite. Conclusão.

Introdução

A capacidade contributiva é o princípio base no direito tributário, responsável pela concretização da igualdade no âmbito das normas impositivas (ÁVILA, 2012, p. 432). A despeito de sua importância, referido princípio é, de certa forma, negligenciado, não recebendo a devida atenção por parte dos doutrinadores brasileiros (BALEIRO, 2010, p. 1096). Por isso, seus contornos não são bem definidos e sua abrangência ainda suscita várias dúvidas.

Como princípio constitucional, a capacidade contributiva irradia efeitos para todo o sistema tributário e estabelece parâmetros a serem observados pelas normas criadoras de encargos. O presente trabalho foi elaborado visando melhor compreender o princípio e esclarecer seu alcance. Por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o tema, busca-se conceituar o princípio e determinar as funções por ele exercidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Parte-se de uma abordagem histórica do princípio, mostrando seu desenvolvimento e seu funcionamento ao longo dos anos. Após, delimita-se seu conceito, acentuando seu caráter protetivo, qual seja, preservar o contribuinte de uma tributação excessiva. Por fim, apresentam-se as funções decorrentes do princípio da capacidade contributiva: função de pressuposto, função de critério e função de limite, buscando compreender sua definição teórica e suas projeções e consequências práticas.

1 Capacidade contributiva na história

Desde os períodos mais remotos da história, quando surgiram os tributos, é possível perceber que, de alguma maneira, havia certa correlação entre o valor a ser pago a título de imposto e a riqueza de quem arcaria com o pagamento (TABOADA, 1978, p. 126). Já no Egito Antigo a observância do princípio pode ser verificada (ZILVETI, 1998, p. 39). Contudo, as suas linhas essenciais foram traçadas apenas em momento posterior, pelos filósofos gregos, a partir do ideal de justiça distributiva (GIARDINA, 1961, p. 6).

Na Idade Média, com a recomposição do sistema aristotélico pelos filósofos escolásticos, o princípio reaparece. Não ressurgiu como o núcleo da doutrina financeira da época, mas como forma de corroborar a norma da generalidade do dever tributário (BECKER, 2013, p. 514). Essa primeira noção de capacidade contributiva, com sentido objetivo, visava driblar as franquias e privilégios pessoais que caracterizavam o sistema tributário vigente. Referidas prerrogativas eximiam determinadas pessoas do dever tributário em virtude da posição social ostentada. Para retirar a ênfase dada às qualidades pessoais e à posição social ocupada, surge a noção de capacidade contributiva em sentido objetivo, dando centralidade à substância econômica, aos fatos presuntivos de riqueza. A função desempenhada pela capacidade contributiva nesse momento da história foi a de reafirmar a generalidade do dever fiscal. A capacidade contributiva em seu aspecto subjetivo, relacionada às características do contribuinte, não foi estudada à época, por não se perceber necessidade naquele contexto (GIARDINA, 1961, p. 12-13).

Na obra de Adam Smith, no séc. XVIII, já se encontravam presentes tanto a questão da delimitação da base imponible quanto a preocupação com a graduação dos impostos, ou seja, passou-se a atribuir mais funções ao princípio da capacidade contributiva. As principais ideias desenvolvidas pelo economista foram: (i) a conexão entre capacidade contributiva e renda do indivíduo e (ii) a justificação do dever tributário dos súditos ao Estado (GIARDINA, 1961, p. 15-16). Em relação à justificação, Adam Smith traz duas alternativas possíveis para divisão da carga tributária: ou paga-se tributos conforme o que cada um recebe do Estado, ou conforme a riqueza de cada um (*ability to pay*). Esta última formulação é semelhante ao entendimento que, no futuro, seria extraído do

princípio em comento, contudo, é ainda imprecisa e controversa na obra do economista (SANCHES, 2016).

Também no séc. XVIII, com as obras de Montesquieu e de Bentham, surgiu a ideia de que a tributação não deve incidir sobre aqueles que possuam poucos recursos (CONTI, 1996, p. 37). É o início da ideia de que, do princípio da capacidade contributiva, extrai-se a função de proteção ao mínimo vital. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, também fez referência ao princípio da capacidade contributiva, prevendo que todos deveriam contribuir para a manutenção do poder público “na proporção do seu patrimônio” (CONTI, 1996, p. 37-38). A Declaração serviu como inspiração para a Constituição Francesa subsequente, que foi utilizada como parâmetro para grande parte das Constituições ocidentais, que englobaram em seus textos o princípio da capacidade contributiva, expressa ou implicitamente (ZILVETI, 1998, p. 40).

2 Conceituação do princípio

No Brasil, verifica-se uma primeira noção de capacidade contributiva já na Constituição de 1824, que previa, em seu art. 179, § 15, que “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres” (CONTI, 1996, p. 38). Todavia, a primeira Constituição a trazer o princípio de forma expressa foi a de 1946, em seu art. 202: “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte” (BECHO, 2011, p. 400). Com a Emenda Constitucional 18/1965, esse dispositivo foi revogado, mas retornou à Constituição em 1988, no art. 145, § 1º, que assim dispõe: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”

O princípio possui conteúdo indeterminado, mas determinável (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 31). Para Zilveti (1998, p. 38), o princípio diz respeito à divisão equitativa da carga tributária, na proporção da capacidade econômica de cada cidadão. Para Becho (2011, p. 399), “o princípio da capacidade contributiva, em apertada síntese, determina que se cobrem tributos apenas de

quem pode pagá-los sem sacrifícios desmedidos.” Carazza (2013, p. 99) conceitua o princípio conectando-o à solidariedade, determinado àqueles que podem suportar maiores encargos fiscais, que o façam, a fim de se atingir o bem-estar de todos.

De acordo com o italiano Moschetti, a capacidade contributiva não é qualquer manifestação de riqueza, mas apenas aquela força econômica que seja idônea a concorrer para as despesas públicas (MOSCHETTI, 1973, p. 238). Assim, pode ser que um indivíduo possua capacidade econômica, mas não possua capacidade contributiva, porque esta é uma parte específica daquela. Corresponde à aptidão para arcar com determinada carga tributária (CONTI, 1996, p. 36). Amaro (2014, p. 163) aduz que o princípio se inspira na ordem natural das coisas: “onde não houver riqueza, é inútil instituir imposto”. Entretanto, o princípio não serve tão somente para garantir a eficácia da norma impositiva, mas, sobretudo, para preservar o contribuinte de uma tributação excessiva, que lhe imponha ônus capaz de impedir o exercício de direitos fundamentais.

Kirchhof (2016, p. 31) conceitua o princípio da capacidade contributiva como axioma ético e como síntese dos princípios constitucionais. Como axioma ético, o princípio faz parte das fontes de valoração do direito, as quais “conscientizam sobre o conflito entre o direito vigente e o direito justo e ampliam a margem de argumentação para a construção do direito em relação aos dispositivos legais.” É possível perceber uma estreita relação do princípio da capacidade contributiva com a justiça fiscal.

Considerando o disposto na Constituição, os poderes Judiciário e Legislativo estão impelidos à realização da justiça mediante a observância do princípio da igualdade. Na esfera tributária, isto só se torna possível na medida em que efetivado o princípio da capacidade contributiva (COÊLHO, 2015, p. 75). O princípio é norma cogente, impondo limites ao poder estatal e assegurando ao contribuinte uma tributação que não viole seus direitos fundamentais.

3 Funções derivadas do princípio da capacidade contributiva

A capacidade contributiva emana poder normativo e irradia efeitos sobre o sistema tributário como um todo. É princípio base (TIPKE; LANG, 2008,

p. 201), exercendo funções que devem orientar a atuação de quem cria e aplica o direito, quais sejam: (i) função de pressuposto, (ii) função de critério e (iii) função de limite. Trata-se de norma geral e abrangente, que condiciona tanto a escolha das hipóteses de incidência, quanto a carga tributária que poderá ser suportada por cada indivíduo, seus limites mínimos e máximos. Cada uma das funções desempenhadas pelo princípio da capacidade contributiva será detalhada nos próximos tópicos.

3.1 Função de pressuposto

Pela função de pressuposto, o princípio da capacidade contributiva estabelece os requisitos mínimos para que a tributação seja legítima. Possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. Ambas são essenciais, visto que sua ausência impede o próprio nascimento da capacidade de contribuir. São pressupostos absolutos. Resumidamente, como pressuposto objetivo, a capacidade contributiva impõe que cada contribuição possua em sua hipótese de incidência um índice de força econômica, ou dinheiro ou riquezas não monetárias. Como pressuposto subjetivo, diz respeito à possibilidade de se impor aquele índice ao sujeito passivo (FALSITTA, 2005, p. 146).

A capacidade contributiva enquanto pressuposto objetivo constitui fundamento jurídico do tributo e condiciona a atividade do legislador, impedindo que este escolha como hipótese de incidência fato que não denote riqueza (COSTA, 1993, p. 26). Assim, o princípio restringe o arbítrio do legislador, estipulando que os fatos sujeitos à tributação sejam apenas aqueles que revelem a existência de recursos. Os fatos escolhidos para constituírem hipóteses de incidência devem ser signos que indicam manifestação de riqueza. Para identificar referido signos, é preciso atentar para as formulações pré-legislativas da Ciência das Finanças. É possível que o Direito crie seus próprios conceitos e realidades a partir de ficções jurídicas. Entretanto, o substrato econômico exigido pelo princípio da capacidade contributiva em sua função de pressuposto objetivo faz com que essa apreensão da força econômica seja necessária (COSTA, 1993, p. 27).

Necessário destacar que, nesse ponto, o princípio da capacidade contributiva, em nosso ordenamento, encontra-se praticamente exaurido no próprio texto constitucional. Assim destaca Baleeiro (2010, p. 1094):

Ao contrário do que acontece na maior parte dos países ocidentais, a Constituição brasileira já enumera a competência tributária para instituir impostos, elegendo de antemão as possíveis hipóteses de incidência. Não há liberdade alguma para o legislador municipal ou estadual inventar imposto novo, campo no qual a Constituição já esgotou e delimitou, pelo menos genericamente, a capacidade econômica objetiva.

Apenas a União, no exercício de sua competência residual, pode criar imposto novo. Deve-se acrescentar ainda que os mais importantes tributos federais estão previstos na Constituição. Assim, o princípio da capacidade econômica, no sentido objetivo-absoluto, não é apenas norma autoaplicável, mas de conteúdo já amplamente determinado no Texto Magno.

Dessa forma, em relação à escolha das hipóteses de incidência, o legislador possui liberdade mínima ou nenhuma. Contudo, podem-se extrair duas outras consequências do princípio da capacidade contributiva enquanto pressuposto objetivo. A primeira diz respeito à necessária correlação entre base de cálculo e fato escolhido como hipótese de incidência. A base de cálculo é responsável por fornecer a expressão econômica do fato praticado pelo contribuinte, portanto, deve guardar pertinência com o índice revelador de riqueza. Caso não se verifique essa correlação, a norma impositiva será inconstitucional (COSTA, 1993, p. 72).

A segunda consequência diz respeito à necessidade de que o legislador autorize, na tributação sobre renda e sobre patrimônio, a dedução dos gastos efetuados para obtenção da renda e conservação do patrimônio, bem como das despesas efetuadas para o exercício do trabalho (VELLOSO, 2016, p. 75). Se as deduções não forem integralmente autorizadas, estar-se-á tributando valores que não são aptos a custear as despesas públicas, por representarem uma ficção.

Como pressuposto subjetivo, o princípio da capacidade contributiva protege o mínimo vital, ou seja, aos recursos indispensáveis à sobrevivência.

Determina que a tributação incida apenas após deduzidas as despesas necessárias para que o contribuinte e sua família possam manter uma vida digna (COÊLHO, 2015, p. 70). Esse entendimento vem implícito no princípio da capacidade contributiva: quem possui recursos apenas suficientes à existência própria e de sua família, contanto que possua capacidade econômica, não possui capacidade contributiva (FALSITTA, 2005, p. 149), sendo considerado incapaz para figurar no polo passivo da obrigação tributária. Os valores disponíveis para que incida a tributação, assim, são apenas aqueles que superam a soma das despesas vitais (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 95)

Giardina (1961, p. 213-217) oferece duas justificativas para a exclusão dos valores necessários à existência do total tributável. A primeira explicação recebe o nome de teoria da reintegração do capital-homem. A ideia básica é que a renda mínima é uma despesa de produção que se destina a reintegrar as energias utilizadas no trabalho. Foi inferida a partir do conceito de renda elaborado no campo econômico. Da mesma forma que os gastos necessários para auferir a renda não eram tributados, argumentava-se que os valores necessários ao sustento do indivíduo também deveriam ser considerados um gasto de produção e, portanto, mantidos fora da tributação.

A segunda explicação põe em foco a intensidade e a urgência da satisfação das necessidades vitais em comparação às demais necessidades. O indivíduo não buscará outros interesses se não tiver, pelo menos, o necessário à sua sobrevivência. Os bens que suprem as necessidades indispensáveis do indivíduo possuem, para este, a maior utilidade possível. Caso se tributassem os indivíduos que recebam somente o mínimo para viver, o sacrifício a eles imposto seria imenso

Outros princípios inseridos na Constituição de 1988, para além da capacidade contributiva, também justificam a não tributação do mínimo vital, tais como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivo fundamental da República, e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira.

Como pressuposto subjetivo, o princípio da capacidade contributiva deve ser aplicado a todos os tributos (VELLOSO, 2016, p. 73), sem exceções. A proteção ao mínimo vital deve ser adotada, inclusive, nos tributos vinculados a

uma prestação estatal, como nas taxas e contribuições de melhoria. Não é possível onerar com encargos tributários aqueles que possuam recursos apenas suficientes para suprir as necessidades básicas suas e da família.

3.2 Função de critério

Por meio da função de critério, o princípio da capacidade contributiva atua como critério de graduação dos tributos, preceituando que a carga tributária total seja dividida de forma isonômica entre os cidadãos (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 18). Estabelece que, na determinação da carga pública a ser suportada por cada contribuinte, seja considerado não apenas o montante total a ser recolhido, mas também o peso que tal encargo fiscal representa para a satisfação das necessidades daquele indivíduo (GIARDINA, 1961, p. 35)

Como critério, a capacidade contributiva vincula-se ao princípio da igualdade em um plano horizontal e em um plano vertical. O primeiro plano impõe que contribuintes que apresentem idêntica capacidade contributiva sejam onerados com os mesmos encargos fiscais. Entretanto, "se, neste caso, se produz uma distorção, esta deve ser reparada, mesmo que os tributos em forma isolada respeitem o princípio da capacidade contributiva" (CALIENDO, 2005, p. 177). Já no plano vertical, o princípio da capacidade contributiva exige que indivíduos com diferentes capacidades contributivas paguem tributos distintos (BUFFON; MATOS, 2015, p. 168), isto é, sejam onerados com um maior ou menor encargo fiscal conforme a riqueza revelada.

Se, como pressuposto objetivo, o princípio da capacidade contributiva estabelece a necessária correlação entre base de cálculo e índice econômico gravado, como critério de graduação dos tributos, o princípio está ligado à alíquota, ou seja, à fração da base de cálculo que, juntamente a esta, determina o valor do encargo tributário. Com relação à alíquota, existe a discussão acerca da progressividade dos tributos. No plano vertical, considerando as variações da alíquota, os tributos podem ser regressivos, proporcionais ou progressivos. Os tributos proporcionais são aqueles cuja alíquota é uniforme e invariável, independentemente de alteração do valor da base de cálculo. A progressividade e a regressividade, por sua vez, dizem respeito a uma variação da alíquota para mais, no primeiro caso, e para menos, no último caso, à medida que aumenta a quantidade gravada (COSTA, 1993, p. 72).

Para Tipke e Yamashita (2002, p. 18), ricos devem contribuir proporcionalmente mais do que pobres, entretanto, não se deduz da capacidade contributiva que a alíquota, necessariamente, deva ser progressiva, mas esta revela-se compatível com o princípio em comento. Já para Caliendo (2005, p. 177), a capacidade contributiva impõe que as alíquotas sejam progressivas, aumentando à medida que se avolumar a riqueza disponível. No mesmo sentido Buffon e Matos (2015, p. 162) ressaltam que os ocupantes do topo da pirâmide social e econômica devem suportar a tributação de forma mais expressiva. Costa (1993, p. 72) refere que a progressividade se revela mais idônea à concretização da capacidade contributiva, entretanto, a proporcionalidade é mantida para casos em que não seja possível a progressividade.

Sanches (2016) menciona que a principal justificativa para tributação progressiva se encontra na teoria da utilidade marginal decrescente do rendimento. Essa teoria preceitua haver uma redução da utilidade de cada fração de rendimento acrescida à receita do indivíduo. Posto isso, para que haja igualdade de sacrifício nos diferentes extratos sociais, é preciso que os tributos sejam progressivos. Assim, conclui-se que, embora não haja consenso na doutrina quanto à necessidade de uma carga tributária progressiva, há unanimidade no que tange ao impedimento de que a carga tributária global suportada por cada extrato social seja regressiva. Desta forma, a totalidade de encargos tributários deve, pelo menos, observar a proporcionalidade.

A capacidade contributiva não impõe que cada tributo seja progressivo no sentido pleno do termo, mas determina que o sistema tributário, considerado em sua globalidade, seja informado por critérios de progressividade (MOSCHETTI, 1973, p. 226) ou de proporcionalidade. Diz respeito ao sistema fiscal como um todo, permitindo que tributos progressivos convivam com aqueles apenas proporcionais (COSTA, 1993, p. 75), mas exigindo que, como resultado, a carga tributária total não seja regressiva.

Importante distinguir duas espécies de progressividade: a fiscal e a extrafiscal. A primeira é decorrência do princípio da capacidade contributiva, fixando que haja um implemento do ônus fiscal a ser recolhido à medida que crescerem os recursos disponíveis. Já a segunda liga-se aos fins perseguidos pelo Estado, servindo para estimular ou desestimular determinadas condutas

(BUFFON; MATOS, 2015, p. 170). Para o presente estudo, interessa a primeira hipótese, a progressividade fiscal, por se relacionar com o princípio em comento. Em relação a esta, a Constituição prevê, de forma expressa, a progressividade do imposto sobre a renda (art. 153, § 2º, I) e do imposto sobre a propriedade imobiliária (art. 156, § 1º) (ÁVILA, 2012, p. 441). Quanto aos demais tributos, doutrinadores como Costa (1993, p. 92) afirmam que a progressividade também pode ser a eles aplicada. Diferente era o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, por muito tempo, afirmou que a progressividade apenas se harmonizaria com os impostos pessoais e que seria necessária expressa autorização constitucional para a adoção de tal técnica. Entretanto, esse entendimento vem sendo mitigado, sobretudo após a decisão da Corte no RE 562.045/RS, que permitiu a progressividade do imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD), o qual possui caráter real e cuja progressividade não conta com previsão expressa constitucional (ROSENBLATT; PEREIRA, 2017, p. 204-208).

Desta forma, percebe-se que, como critério de graduação dos tributos, o princípio da capacidade contributiva determina que a carga tributária, como um todo, seja progressiva ou, pelo menos, proporcional. Para atingir esse fim, é possível a existência simultânea de tributos proporcionais e progressivos. Entretanto, o que o princípio em comento impede é que a globalidade da carga fiscal incidente sobre cada extrato social seja regressiva.

3.3 Função de limite

Pela função de limite, o princípio da capacidade contributiva indica o marco inicial e o marco final dentro dos quais a tributação pode ser instituída. O patamar inaugural é o mínimo vital. Já o patamar máximo encontra expressão na vedação à imposição de tributos que tenham efeitos confiscatórios (VELLOSO, 2016, p. 75). Em sua função de limite, o princípio da capacidade contributiva é aplicável a todos os tributos, inclusive aos extrafiscais (COSTA, 1993, p. 102). Em relação ao limite inicial, estarão protegidos da tributação os valores indispensáveis à manutenção de uma vida digna ao contribuinte e à sua família. A inviolabilidade do mínimo existencial também é pressuposto absoluto subjetivo da tributação, portanto, já especificado no ponto 3.1.

O limite máximo da tributação é a confiscatoriedade (DIFINI, 2013, p. 14908). Nesse sentido, Falsitta (2005, p. 147) afirma que a capacidade contributiva impede que determinado contribuinte seja obrigado a concorrer para o custeio das despesas públicas em montante superior à sua capacidade de pagamento. Ou seja, proíbe-se que a tributação tenha efeito confiscatório, que seja tão alta a ponto de resultar em expropriação. Paulsen (2017, p. 143) identifica o efeito confiscatório como aquele resultante de uma tributação excessivamente onerosa, insuportável, não razoável. Difini (2013, p. 14906) assim o define:

Confisco, como se sabe, é absorção de propriedade sem indenização. Tributo, até por sua definição legal entre nós (CTN, art. 3º) não é sanção de ato ilícito. Assim, tributo, ontologicamente não pode, em si, ser confisco. Mas pode ter efeito de confisco, ou seja, a tributação alcançar níveis tão elevados que chega a absorver a 'propriedade' ou o resultado do trabalho ou da atividade econômica.

Dessa forma, tem-se efeito confiscatório quando os tributos privarem injusta e desarrazoadamente o contribuinte de parte ou da totalidade de seus bens. O aspecto mais tormentoso do não confisco é a fixação de parâmetros para sua concretização. A quantificação do efeito confisco, ou seja, a forma como devem ser analisados os tributos para verificar a ocorrência de tal efeito e o estabelecimento exato do percentual ou fração a partir do qual a tributação possuiria efeito confiscatório, é controvertida na doutrina. O Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre o tema, afirmou que o caráter confiscatório deve ser aferido em relação à carga tributária total (BRASIL, 1999, p. 6-7):

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante da sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, à aferição do grau da insuportabilidade econômico-financeira, à

observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público.

Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancial, de maneira irrazoável o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte.

No que tange às multas decorrentes do descumprimento da legislação tributária, a Corte tem decidido que a também deve ocorrer a aplicação do princípio da capacidade contributiva em sua função de limite, ou seja, a vedação aos efeitos confiscatórios. Os fundamentos utilizados para tal vedação são a proporcionalidade das penas e a proibição do excesso. Os parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal, resumidamente, são a validade de multa moratória de 20% e o caráter confiscatório da multa de ofício quando superior a 100% do tributo devido (PAULSEN, 2017, p. 145).

Portanto, os limites mínimo e máximo da tributação decorrentes da capacidade contributiva são o mínimo existencial e o efeito confiscatório, respectivamente. Todos os tributos e também as multas tributárias estão sujeitos à observância desses parâmetros. Em sua função de critério, a capacidade contributiva determina que a carga tributária total seja progressiva ou, pelo menos, proporcional. Em sua função de limite, por meio da vedação à tributação com efeito confiscatório, o princípio estabelece uma baliza à progressividade. Funciona como limite quando a progressividade colidir com outros direitos garantidos pelo texto constitucional, tais como livre exercício do trabalho, livre iniciativa, defesa do consumidor e direitos sociais (DIFINI, 2013, p. 14913).

Conclusão

O princípio da capacidade contributiva é observado desde os momentos mais remotos da história. Ao longo dos anos, teve sua compreensão

desenvolvida e seu âmbito de abrangência ampliado. No direito brasileiro, é princípio cogente. Estabelece que cada cidadão contribua para o custeio de gastos estatais na medida de sua força econômica, sem que lhe seja imposto sacrifício desmedido. A capacidade contributiva vem para assegurar os direitos subjetivos do contribuinte, impedindo uma tributação excessiva e exigindo que a carga tributária seja dividida com igualdade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da capacidade contributiva desempenha as funções de pressuposto, de critério e de limite. Como pressuposto objetivo da tributação, exige que as hipóteses de incidência contenham em si um índice que demonstre riqueza, que a base de cálculo seja relacionada a esse índice escolhido e que as despesas inerentes à obtenção/manutenção da riqueza sejam deduzidas do valor total a ser tributado. Com pressuposto subjetivo, protege o mínimo vital, proibindo que a tributação atinja os recursos indispensáveis à sobrevivência digna do contribuinte e de sua família.

Como critério de graduação dos tributos, o princípio da capacidade contributiva exige o respeito à igualdade horizontal e vertical. Contribuintes que apresentem a mesma capacidade contributiva devem ser tratados de forma idêntica. Já aqueles que possuam capacidade contributiva distinta devem ser onerados de forma diferente. Obriga, também, que ricos contribuam mais do que pobres, ou seja, que a carga tributária global seja proporcional ou progressiva. Há vedação a um sistema tributário que, como um todo, seja regressivo.

O princípio da capacidade contributiva também estabelece os limites mínimo e máximo da tributação. O primeiro parâmetro é o mínimo vital, também considerado pressuposto subjetivo da tributação. O parâmetro máximo é o efeito confiscatório, que ocorre nos casos em que a norma impositiva onere o contribuinte de forma não razoável. Assim, o limite máximo funciona como baliza à progressividade. O princípio da capacidade contributiva desdobra-se nessas funções, das quais decorrem várias consequências e efeitos aplicáveis a todo o sistema tributário, sempre tendo por norte a salvaguarda do contribuinte.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito Tributário**: teoria geral e constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.010-2/DF**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 30/09/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em: jun. 2018.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil no século XXI**: uma abordagem hermenêuticamente crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CALIENDO, Paulo. Da Justiça Fiscal: Conceito e Aplicação. **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 6, nº 29, p. 159-196, jan./fev. 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira, Elementos para Fixação de Parâmetros para Concretização da Norma de Proibição de Tributos Confiscatórios. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 13, p. 14901-14930, 2013.

FALSITTA, Gaspare. **Manuale di Diritto Tributario**. Parte Generale. 5 ed. Padova: Cedam, 2005.

GIARDINA, Emilio. **Le basi teoriche del principio della capacità contributiva**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961.

KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado Constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MOSCHETTI, Francesco. **Il principio della capacità contributiva**. Padova: Cedam, 1973.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENBLATT, Paulo; PEREIRA, Juliana Studart. Alíquotas progressivas no imposto sobre a transmissão de bens imóveis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 54 n. 215, p. 195-212, jul./set. 2017.

SANCHES. José Luís Saldanha. **Justiça Fiscal** [livro eletrônico]. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n. 4, p. 125-154, abr./jun. 1978.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Vol. I. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição tributária interpretada**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ZILVETI, Fernando Aurelio. Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 36-47.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Após três anos da implantação das audiências de custódia, o mundo jurídico faz uma análise retrospectiva sobre o inovador instituto de natureza processual. Apesar da forte resistência por parte de alguns operadores do Direito, os métodos adotados no procedimento do flagrante delito vêm contribuindo no sentido de não agravar ainda mais a situação do sistema prisional, garantindo, ao mesmo tempo, o fiel cumprimento da ordem constitucional.

No texto original do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante seguia o modelo inquisitivo inspirador de seu tempo. A autoridade policial, ao receber a pessoa conduzida compulsoriamente à delegacia, fazia um breve exame quanto à legalidade da prisão a fim de decidir sobre a lavratura do respectivo auto, no qual ficariam consignadas todas as oitivas realizadas, bem como as demais intercorrências, desde os fatos que antecederam a voz de prisão até o encerramento da atividade policial. Para a realização desta análise jurídica, cabia ao delegado verificar a tipicidade do fato, ao menos em tese, e o enquadramento das circunstâncias da prisão em uma das hipóteses elencadas no art. 302 do Código de Processo Penal, classificadas doutrinariamente como “estados de flagrância”. A resposta negativa para qualquer um desses quesitos impediria o avanço do procedimento, devendo a pessoa detida ser colocada imediatamente em liberdade, evitando-se, desse modo, o conseqüente e inevitável constrangimento ilegal.

Em respeito ao art. 5.º, LXII, da Constituição da República, que impõe a comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, as autoridades policiais haviam convencionado que esta determinação seria cumprida com a remessa do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário. E considerando que o Código de Processo Penal transcrevia o preceito constitucional, sem estabelecer precisamente o prazo para que o ato fosse realizado, limitando-se ao uso da expressão

“imediatamente”, a prática fez consolidar o entendimento de que o referido documento teria de ser remetido ao juiz dentro das mesmas 24 horas estabelecidas para a entrega da nota de culpa ao preso. Em suma, sendo legal a captura, a autoridade policial deveria concluir todo o trabalho inerente à sua função, devidamente relatado, no prazo de 24 horas, entregando ao preso e ao juiz os documentos exigidos pela legislação em vigor.

A falha mais grave nessa fase inicial ocorria no âmbito judicial. Por longo período, muitos magistrados, ao examinarem o auto de prisão em flagrante, entendendo legal e imprescindível a custódia cautelar, limitavam-se a homologá-lo a fim de que o preso fosse mantido no cárcere, sentindo-se desobrigados a demonstrar os motivos que os levaram a decidir pelo confinamento no curso da instrução criminal. Para a doutrina majoritária, a prática ofendia severamente a Constituição da República, que impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais, principalmente quando ordenam a constrição da liberdade. Por esse motivo, deveria o magistrado discorrer sobre a necessidade da manutenção da prisão em flagrante com base nos mesmos requisitos que autorizariam a prisão preventiva.

Porém, com o passar do tempo, o legislador foi atendendo às críticas dos juristas em diversos aspectos. O primeiro deles tinha relação com a dispensa de defesa técnica neste momento tão delicado para a pessoa do imputado. Em sede policial, as discrepâncias de ordem econômica e social emergiam de tal forma que nos faziam pensar se não seria o próprio regime democrático o maior lesado. Os indivíduos possuidores de condição financeira privilegiada recebiam completa orientação de bons profissionais da área jurídica antes mesmo de adentrarem a delegacia. Em contrapartida, cidadãos de baixa renda, que compreendem a maioria esmagadora da população brasileira, ficavam entregues à própria sorte, quando não raramente agiam contra si mesmo, em decorrência da ausência de orientação de ordem técnica. Fiéis a algum deus, uma oração rápida e improvisada era tudo que lhes cabia. Por esse motivo, com o advento da Lei 11.449/2007, acrescentou-se ao art. 306, § 1.º, do CPP, a obrigação para a autoridade policial de remeter cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, nos casos em que o autuado deixe de informar o nome de seu advogado. Assim foi oportunizada a defesa ao

imputado, independentemente de sua condição social, em meio a um procedimento que sempre tramitou à margem do contraditório.

Anos mais tarde o *caput* do mesmo dispositivo passou a ter nova redação instituída pela Lei 12.403/11, segundo a qual se exige não somente a comunicação ao juiz, mas também ao Ministério Público. Embora a medida estivesse mais do que enraizada na prática processual, somente a partir da sua positivação é que se tornou possível suscitar a ilegalidade da prisão em virtude de eventual supressão do ato.

Todavia, o mais interessante a respeito das leis supracitadas está no fato de terem separado o ato de comunicação da prisão ao da remessa do auto. O art. 306, *caput*, dispõe que a prisão deverá ser comunicada “imediatamente”, enquanto no parágrafo a ele agregado foi fixado o prazo de 24 horas para a remessa do respectivo auto, como já se fazia na prática. Considerando que o legislador não usa palavras inutilmente – ou pelo menos deveria assim proceder – o intérprete mais cauteloso compreendeu a existência de dois momentos distintos: o da comunicação da prisão e o da remessa do auto. Por este prisma, compete à autoridade policial comunicar imediatamente a prisão por intermédio de ofício endereçado ao magistrado, e, a partir de então, começa a correr o prazo para o encaminhamento do auto ao mesmo destinatário.

A Lei 12.403/2011 realizou uma significativa reforma ao Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito às prisões. Na esfera policial aboliu o famigerado “livrar-se solto”, já esvaziado pela Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), autorizando o delegado de polícia a conceder a liberdade provisória não apenas para as contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, mas também, mediante fiança, para aqueles delitos cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, pouco importando a sua espécie, ou seja, se de reclusão ou detenção. Porém, no âmbito judicial, as alterações foram ainda mais profundas. Em consonância com o art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve determinar o relaxamento se constatar a sua ilegalidade; ou convertê-la em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos que a autorizam, bem como se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (institutos criados pela lei em comento); ou

conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Diante do novo contexto, grande parte da doutrina começou a apregoar que a prisão em flagrante deixou de ser espécie de prisão cautelar para inaugurar o que se convencionou chamar de prisão “pré-cautelar”, pois quando não ceder lugar à liberdade provisória, não poderá mais ser mantida ao longo da instrução criminal, mas sim convalidada em preventiva. Em hipótese alguma seu tempo de duração excederá 24 horas.

Entretanto, não obstante o esforço legislativo no sentido de criar dificuldades para o encarceramento quase automático, instituindo as medidas cautelares diversas da prisão, justamente para que o direito de liberdade prevalecesse sobre a possibilidade de enclausurar o imputado, ao menos enquanto permanecesse ostentando a condição de inocente, pesquisas estatísticas demonstram que esta pretensão nunca se tornou uma realidade. A prisão preventiva continuava sendo a solução para a maioria dos indivíduos capturados em flagrante. Por causa dessa anomalia, alguns processualistas despertaram para as normas contidas em pactos e tratados internacionais dos quais somos signatários, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica.

Consta no art. 9.º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, acolhido pelo Brasil por força do Decreto 592, de 6 de julho de 1992, que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, à execução da sentença.”.

Regra com o mesmo conteúdo é revelada no art. 7.º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, recepcionado pelo Brasil pelo Decreto

678, de 6 de novembro de 1992: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”.

Considerando as normas supraleais em tela, o Tribunal de Justiça disciplinou a aplicação da audiência de custódia por intermédio do Termo de Cooperação Técnico celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça, o Governo do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública da mesma unidade da federação, mediante o Provimento Conjunto 03/2015, de 26 de janeiro de 2015, determinando, em seu art. 1.º, em cumprimento ao disposto no art. 7.º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, em até 24 horas após sua prisão, para participar de Audiência de Custódia. E assim, por todo o país as regras contidas no Código de Processo Penal sobre a análise da prisão em flagrante pelo juiz, mediante a leitura do auto de prisão em flagrante, passaram a ser aplicadas somente nas regiões que ainda não se estruturam para a realização de tais audiências. Nas comarcas onde o Poder Judiciário já se organizou neste sentido, o preso é conduzido à presença do juiz, no máximo em 24 horas, para que decida acerca da prisão. Na audiência em debate, onde estarão presentes o defensor e o representante do Ministério Público, o juiz decidirá sobre a legalidade e necessidade da custódia cautelar. Quando ilegal, determinará o seu relaxamento imediato; quando legal e desnecessária, concederá a liberdade provisória (regra); se legal e necessária, demonstrados o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, converterá em prisão preventiva (exceção).

De acordo com os dados colhidos em 2017, o Conselho Nacional de Justiça estimou terem sido realizadas 258.485 audiências de custódia, nas quais foram evitados 115.497 recolhimentos a estabelecimentos prisionais, o que representa 48,68% dos casos examinados. Em um país onde encontramos a terceira maior população carcerária do planeta, com mais 700 mil presos (se considerássemos os mandados de prisão em aberto, esse número ultrapassaria 1 milhão de pessoas), dentre os quais 34% sequer foram julgados, não há dúvida de que se trata de um bom começo, principalmente se

ponderarmos o atual déficit de vagas no sistema penitenciário, que já ultrapassa os 354 mil.

Levando em conta as estatísticas acima expostas fica fácil compreender o apoio ao Projeto de Audiência de Custódia por renomados juristas como Aury Lopes Jr., Roberto Delmanto Jr., Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Eugênio Pacelli de Oliveira, Luiz Flávio Gomes, entre tantos outros, seguindo a linha da Suprema Corte, de onde vem se destacando os Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso no empenho da implementação dessa nova metodologia processual.

Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 554/2011 que altera o art. 306 do Código de Processo Penal, a fim de introduzir na legislação pátria a obrigatoriedade de apresentação do preso ao juiz em audiência de custódia. Pela Emenda n.º1, proposta pelo Senador João Capiberibe, o parágrafo quinto do referido artigo passaria a ter a seguinte redação: "Na Audiência de Custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá, fundamentadamente, nos termos do art. 310."

Resta agora aguardar que o Congresso Nacional venha consolidar o instituto da audiência de custódia no âmbito do processo legislativo, e que o novo Código de Processo Penal não apenas o mantenha, como também promova o seu aperfeiçoamento. Usando a expressão contida nos tratados internacionais acima citados, "sem demora", a sociedade clama por soluções penais inteligentes, experimentadas com sucesso no exterior, e devidamente adequadas à realidade nacional.

A “INDÚSTRIA DA MULTA” EM SÃO PAULO: MITO OU REALIDADE?

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado Cível, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e atualmente cursa pós-graduação (lato sensu) em Direito Empresarial na FGV-SP (GVLAW).



“Liberdade” vs. Fiscalização Eletrônica – Foto de Heitor Fidelis

Resumo: O objetivo deste estudo será investigar – à luz de dados estatísticos oficiais dos últimos dez anos, conjugados a elementos jurídicos – se, de fato, no município de São Paulo foi criada uma verdadeira “indústria” financiada pelo dinheiro arrecadado com multas de trânsito autuadas – principalmente, mas não exclusivamente – com o auxílio da fiscalização eletrônica.

Palavras-chave: Trânsito. São Paulo. Indústria da multa. Fiscalização Eletrônica. Dados Estatísticos.

Introdução

Diariamente milhares de condutores são multados por cometer infrações de trânsito no município de São Paulo. Somente em 2017, foram mais de 13 milhões de multas aplicadas (13.406.805, para ser exato¹). Neste contexto, é muito frequente a utilização da expressão “indústria da multa” como crítica à crescente e cada vez mais rigorosa legislação e fiscalização de trânsito, sem que isso resulte em um benefício proporcional aos condutores e pedestres através do aumento da segurança no trânsito.

Antes de imergir no mérito deste trabalho, primeiramente julgamos importante fixar alguns conceitos importantes para a melhor compreensão dos argumentos que serão posteriormente explanados. Nesta linha, começaremos com o principal deles, qual seja, a “multa de trânsito”.

Em síntese, “multa de trânsito” – na acepção jurídica do termo – é uma sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública² em função do exercício do Poder de Polícia de Trânsito em prejuízo do condutor que viola a legislação de trânsito e, portanto, comete ato ilícito.

1 Disponível em: <mobilidadesegura.prefeitura.sp.gov.br>. Acesso em 13.05.2018.

2 Para Odete Medauar, “No aspecto funcional, *Administração Pública* significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª Ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 44.

Mas o que é ato ilícito? Em termos gerais, ato ilícito³ é toda conduta contrária ao direito (v.g. furar o sinal vermelho viola o art. 208 do CTB⁴ e, portanto, é um ato ilícito). E o que é Poder de Polícia⁵ de Trânsito? Trata-se da autoridade conferida aos órgãos ou entidades competentes para fiscalizar o trânsito, autuar e notificar os condutores que violam a legislação, impondo a eles as medidas administrativas e as multas cabíveis, previstas em lei, conforme estabelecido pelos arts. 22, V6, e 24, VI7, ambos do CTB.

3 Segundo Cavalieri Filho, “a conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a *antijuridicidade* da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico. Este, aliás, é um ponto em que não há divergência. Todos estão de acordo em que o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica. E assim é porque o legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir. CAVALLIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 21-22.

4 CTB. “Art. 208. Avançar o sinal vermelho ou de parada obrigatória: Infração: gravíssima. Penalidade – multa.”

5 De acordo com a abalizada doutrina de Zanella Di Pietro, “Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 124.

6 CTB. “Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição: [...] V - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas relacionadas nos incisos VI e VIII do art. 24, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito”.

7 CTB. “Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: [...] VI - executar a fiscalização de trânsito em vias terrestres, edificações de uso público e edificações privadas de uso coletivo, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis e as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste

Portanto, é muito importante que não se confunda multa de trânsito com tributo, pois o art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966) define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Ora, acabamos de verificar acima que a multa de trânsito é uma sanção ao ato ilícito; justamente por isso, não pode ser confundida com tributo. Fixadas tais premissas, passaremos para a próxima etapa do nosso estudo.

A “indústria da multa” sob a ótica das estatísticas

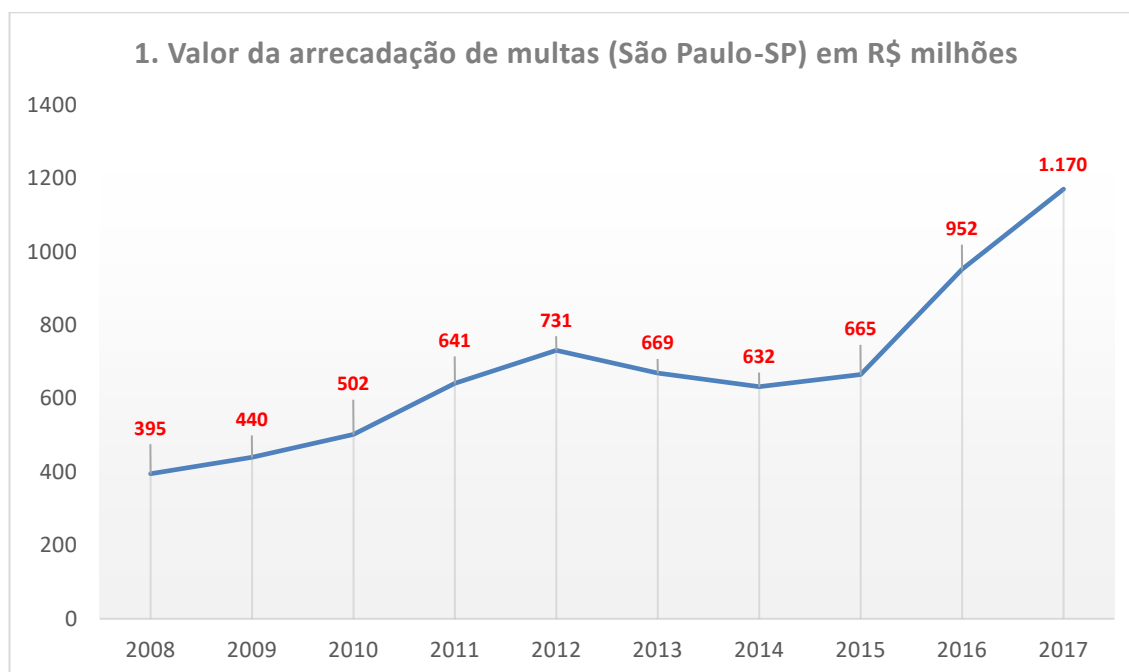
A fim de embasar nossos argumentos e posteriores conclusões, esta etapa terá como objetivo aclarar – à luz de dados estatísticos – se houve aumento, ou não, da arrecadação da Prefeitura de São Paulo com multas de trânsito na última década; e, em caso positivo, se esse aumento trouxe mais segurança ao trânsito paulistano. A partir da análise empírica dos dados coletados, teremos mais substrato para aferir se a “indústria da multa” é real ou não passa de um mito.

A questão é delicada, pois, por um lado, a legislação de trânsito (assim como toda lei) existe para ser cumprida: se não concordamos com seu conteúdo normativo ou se a achamos injusta, este é outro problema (que não será abordado neste artigo) que deve ser solucionado por meio da participação

Código, no exercício regular do poder de polícia de trânsito, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, exercendo iguais atribuições no âmbito de edificações privadas de uso coletivo, somente para infrações de uso de vagas reservadas em estacionamentos.”

popular no processo legislativo e eleitoral. Afinal, as leis não surgem do nada, mas são (ou deveriam ser) fruto do debate dos representantes eleitos por nós, cidadãos, para representar nossos interesses no Congresso Nacional e nas Câmaras Legislativas Estaduais e Municipais.

Por outro lado, a aplicação das leis de trânsito, que ocorre através da fiscalização⁸ (eletrônica ou manual), apresenta dados interessantes. Entre agosto de 2008 e agosto de 2017, a prefeitura de São Paulo arrecadou cerca de R\$ 6,797 bilhões de reais a título de multas de trânsito. Confira-se a distribuição da arrecadação, segundo a fonte oficial:



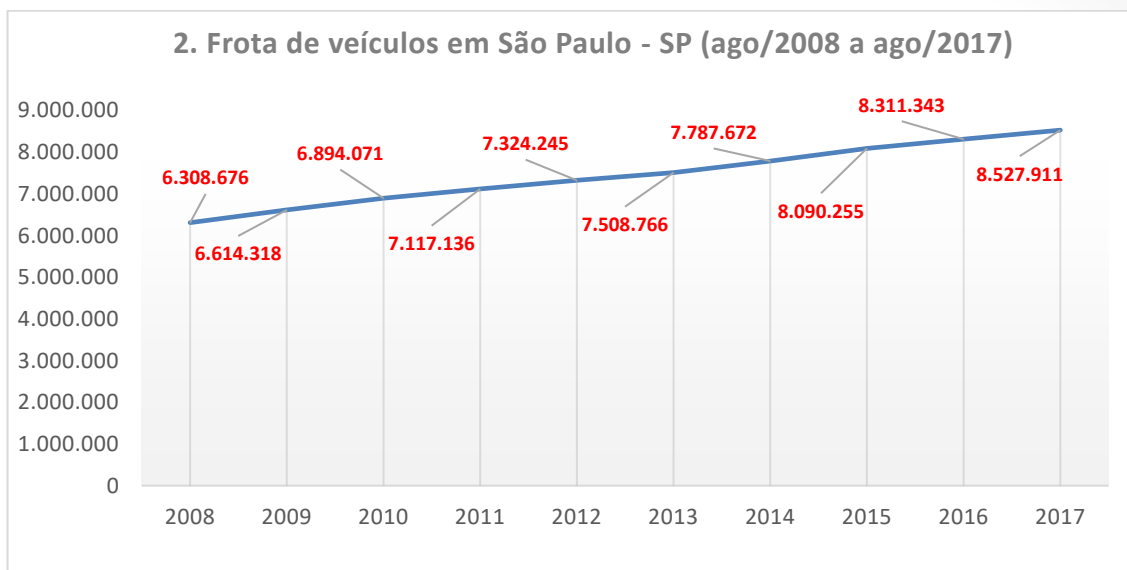
⁸ Fiscalização, segundo o CTB, é o “ato de controlar o cumprimento das normas estabelecidas na legislação de trânsito, por meio do poder de polícia administrativa de trânsito, no âmbito de circunscrição dos órgãos e entidades executivos de trânsito e de acordo com as competências definidas neste Código.”

Fonte: Indicador Paulistano, setembro/2017.9

No período analisado, percebe-se que em todos os anos houve aumento da arrecadação, com exceção de 2013 e 2014, único biênio em que houve diminuição. Entretanto, salta aos olhos que os valores beiraram a casa de R\$ 1 bilhão em 2016, superaram esta marca em 2017 e a tendência é que aumentem ainda mais em 2018. Ou seja, houve um aumento de 196,20% no recolhimento de multas para o período estudado; e a soma da arrecadação nos últimos dois anos representa 31,21% de tudo o que auferido pela Prefeitura de São Paulo na cobrança de multas, desde 2008. Sem dúvidas, é muito dinheiro.

Há quem argumente que este fenômeno possa ser atribuído ao desenfreado crescimento da frota de veículos em São Paulo nos últimos anos, pois – em tese – quanto mais veículos circulando, maiores são as chances de que algum condutor infrinja a legislação de trânsito e seja multado. Para testar a validade deste argumento, procuramos dados oficiais sobre a frota de veículos em São Paulo na última década e o que encontramos foi o seguinte:

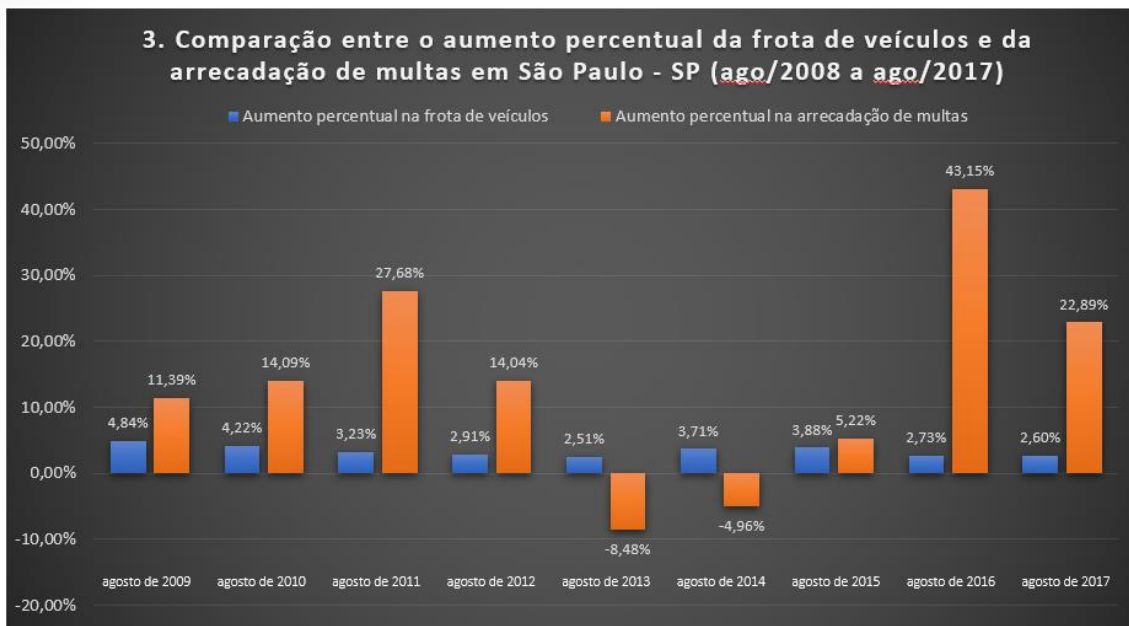
9 Disponível em: < <http://www.camara.sp.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/Indicador-Paulistano-87-setembro-2017.pdf>>, p. 9. Acesso em 13.05.2018.



Fonte: DETRAN-SP.10

De fato, a frota de veículos em São Paulo sofreu aumento constante no período analisado. No entanto, atribuir o incremento da arrecadação de multas exclusivamente a este fato é uma falácia. Isto porque, entre 2008 e 2017 houve um aumento constante no número de veículos da frota de São Paulo, ao passo que a variação na quantia arrecadada com multas de trânsito passou longe de obedecer à mesma lógica. Confira-se as variações neste período:

10 Dados Disponíveis em: <
<https://www.detran.sp.gov.br/wps/wcm/connect/portaldetran/detran/detran/estatisticas/ansito/sa-frotaveiculos/d28760f7-8f21-429f-b039-0547c8c46ed1>>. Acesso em:
13.05.2018



Fonte: Indicador Paulistano, setembro/2017.11/DETRAN-SP.12

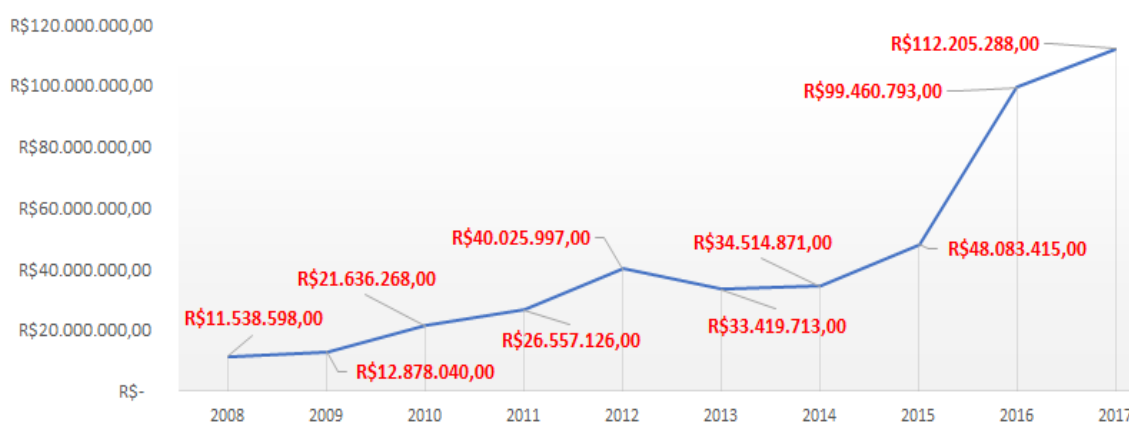
Os dados demonstram que, enquanto a variação na frota de veículos foi praticamente constante, a variação anual na arrecadação das multas (para mais ou para menos) teve flutuações muito diferentes. Pelos dados analisados, não há nenhuma relação direta entre o aumento da frota de veículos e o aumento da arrecadação, especialmente porque em 2013 e 2014 a quantia auferida com as multas de trânsito apresentou variação negativa, apesar do aumento na frota de veículos registrado no mesmo período.

Abaixo, coletamos os gastos declarados pela Prefeitura de São Paulo com fiscalização eletrônica, entre os anos de 2008 e 2017. Confira-se:

11 Vide nota n. 9.

12 Vide nota n. 10.

4. Gastos com fiscalização eletrônica em São Paulo - SP



Fonte: Prefeitura de São Paulo.13

O gráfico demonstra que em 2008 foram investidos R\$ 11.538.598,00 para custeamento da rede de fiscalização eletrônica; em contrapartida, em 2017, esse valor subiu para R\$ 112.205.288,00. Ao rigor deste raciocínio, houve um aumento de incríveis 872,43% nos gastos com fiscalização eletrônica para o período analisado. É assustador. Agora, comparemos o acréscimo percentual dos gastos com fiscalização com o aumento percentual da arrecadação de multas para o período de 2009 a 2017:

13

Dados

disponíveis

em:

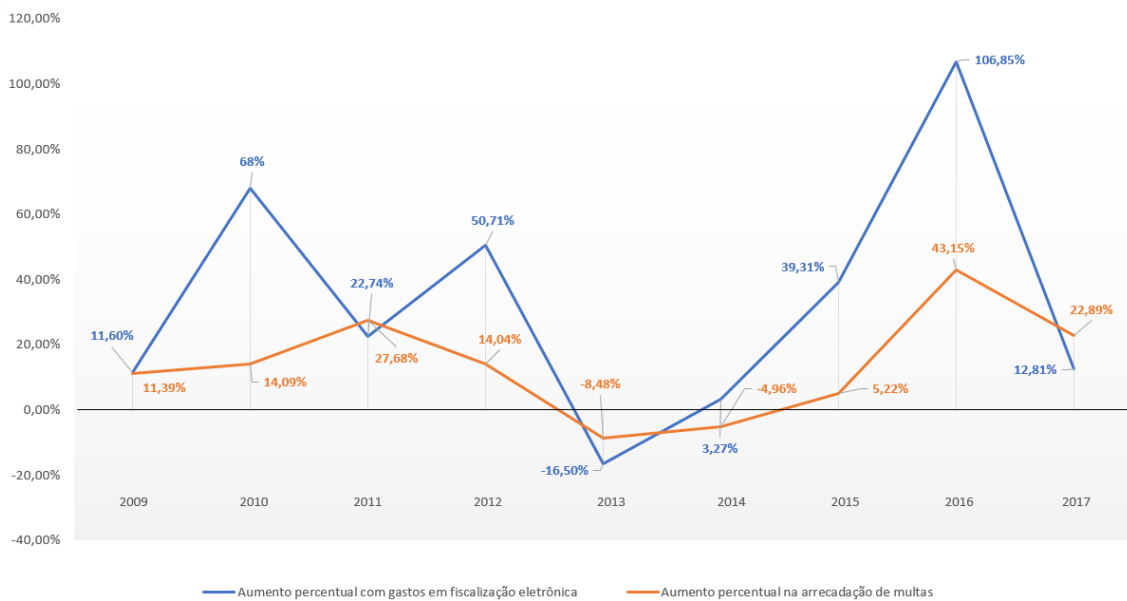
<<http://orcamento.sf.prefeitura.sp.gov.br/orcamento/execucao.php>>.

Acesso

em:

13.05.2018.

5. Aumento percentual com gastos em fiscalização eletrônica vs. aumento percentual na arrecadação de multas



Fonte: Prefeitura de São Paulo¹⁴ / Indicador Paulistano.¹⁵

O gráfico acima nos demonstra que há relação direta entre as despesas com fiscalização eletrônica e o quanto é arrecadado pela Prefeitura de São Paulo: quanto mais se gasta com radares, mais se arrecada com multas. É interessante destacar que entre janeiro de 2009 e dezembro de 2017 a frota de veículos no município de São Paulo aumentou 34,5%¹⁶, ao passo que os gastos com fiscalização eletrônica cresceram 872,43%. Trata-se de uma discrepância gigantesca que denota a obsessão das políticas públicas municipais por fiscalização no trânsito.

¹⁴ Vide nota n. 13.

¹⁵ Vide nota n. 9.

¹⁶ Gráfico 2.

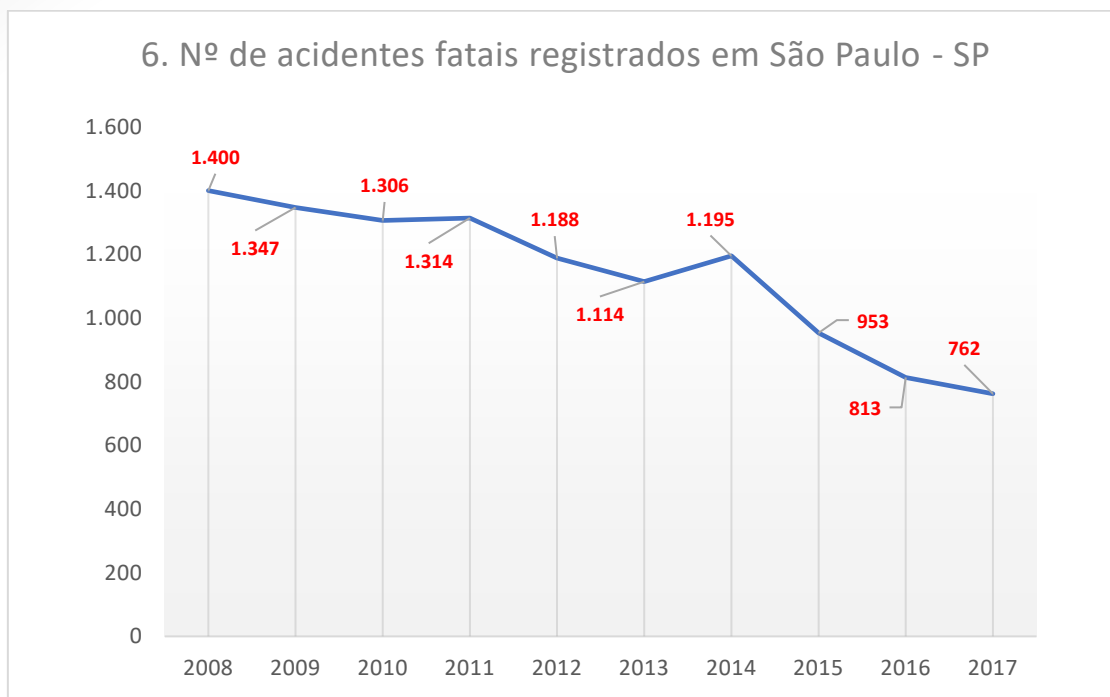
Some-se a isto o fato de que em 01.11.2017 passou a valer a fiscalização eletrônica por velocidade média na cidade de São Paulo¹⁷. Em quatro vias de grande circulação (Av. 23 de maio, Av. dos Bandeirantes, Av. Jacu-Pêssego e, é claro, na Marginal Tietê), foram instalados radares dotados de uma nova (e cara) tecnologia apta a monitorar a velocidade média dos condutores em determinados trechos das vias, acabando com a velha estratégia de muitos motoristas, que freavam apenas nas proximidades do radar. Segundo matéria publicada na Folha de São Paulo¹⁸, em 08.11.2017, a CET estimou que cerca de 9.000 condutores eram multados diariamente com a nova medida.

Ora, os exemplos acima já são o suficiente para demonstrar que a fiscalização de trânsito está a cada dia mais rígida em São Paulo. Agora chegou a hora de analisar os resultados:

17 Disponível em: < <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/fiscalizacao-de-velocidade-media-de-veiculos-em-sp-entra-em-vigor-nesta-quarta-feira.gh.html> >. Acesso em: 13.05.2018.

18 Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1933664-radares-de-doria-pegam-9000-por-dia-acima-da-velocidade-media-em-4-vias.shtml> >. Acesso em: 13.05.2018.

6. Nº de acidentes fatais registrados em São Paulo - SP



Fonte: CET-SP, 2017.19

O gráfico acima nos mostra que, em 2008, o município de São Paulo registrou 1400 acidentes de trânsito fatais; já em 2017, esse número foi reduzido para 762. Conclui-se, então, que houve uma diminuição de 45,57% no número de mortes no trânsito para o período analisado. Ora, de fato, o incremento da fiscalização – e, conseqüentemente, da arrecadação com multas – contribuiu para a melhoria da segurança do trânsito paulistano. Mas a que custo?

Conforme visto acima (gráficos 1, 4 e 6) entre 2008 e 2017 houve aumento de 196,20% na arrecadação de multas; e entre 2009 e 2017, os gastos com fiscalização eletrônica foram incrementados em 872,43%. Em contrapartida, o

19 Disponível em: <http://www.cetsp.com.br/media/646657/relatorioanualacidentestransito-2017.pdf>, p. 8. Acesso em: 13.05.2018.

número de acidentes fatais diminuiu em 45,57%. Conclui-se que o resultado geral foi positivo, mas a estratégia adotada foi ineficiente.

Na próxima etapa de nossa análise, verificaremos como deve ser – segundo a lei – a alocação de recursos advindos das multas de trânsito. A partir desta análise poderemos apresentar uma conclusão sólida a respeito da existência, ou não, da “indústria da multa” em São Paulo.

Qual a destinação dada ao dinheiro arrecadado com multas de trânsito?

Segundo o art. 320 do CTB²⁰, 95% do dinheiro arrecadado com as multas de trânsito deve ser aplicado exclusivamente na sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito. Já os 5% restantes deverão ser repassados ao Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito (FUNSET²¹), destinando-se, como a própria sigla sugere, à segurança e à educação de trânsito.

Então, o dinheiro utilizado para pagar minha multa poderá ser revertido para conservação do próprio radar que me multou? Sim. Inclusive, na toada atual, provavelmente será utilizado para instalar um novo radar na esquina da sua casa para lhe aplicar outra multa no próximo mês (lembrando que se você respeitar a legislação de trânsito, não será multado).

²⁰ CTB. “Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito. § 1º O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.”

²¹ O FUNSET foi instituído pelo Decreto nº 2.613/1998.

E como essa alocação de recursos se dá no plano municipal? Este será o tema do próximo item estudado.

O Fundo Municipal de Desenvolvimento de Trânsito (“FMDT”)

A implementação do FMDT foi prevista pela Lei Municipal nº 14.488/2007 FMDT, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 49.399/2008, que efetivamente criou o referido Fundo, com o objetivo de “financiar a expansão e aprimoramento das ações destinadas a promover o desenvolvimento do trânsito no Município de São Paulo.”²²

A principal – mas não única²³ – fonte de recursos destinados à manutenção do FMDT advém da arrecadação com multas de trânsito, conforme previsto pelo art. 320 do CTB (tópico já analisado acima). Em outras palavras, na cidade de São Paulo, 95% do que é arrecadado com multas de trânsito deve ser repassado ao FMDT.

²² Disponível em: < <http://www4.prefeitura.sp.gov.br/fmdt/transparencia/> >. Acesso em 22.07.2018.

²³ Além da arrecadação com multas de trânsito, o FMDT ainda recebe fundos de (i) transferências ou repasses financeiros oriundos de convênios celebrados com os Governos Federal e Estadual, destinados à execução de planos e programas de interesse comum no âmbito do trânsito e do tráfego da cidade; (ii) empréstimos nacionais, internacionais e recursos provenientes da ajuda e cooperação internacional e de acordos intergovernamentais; (iii) doações, legados ou subvenções, de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou multinacionais; e (iv) outras receitas a ele vinculadas.

A partir dos “Quadros Detalhados” da execução orçamentária disponibilizados pela prefeitura de São Paulo²⁴, extraímos os seguintes dados:

Ano	Receita liquidada em favor do FMDT
2009	R\$533.015.320,00
2010	R\$585.620.348,00
2011	R\$678.033.153,00
2012	R\$720.917.391,00
2013	R\$840.228.757,00
2014	R\$953.631.156,00
2015	R\$924.185.491,00
2016	R\$1.146.981.400,00
2017	R\$1.000.871.504,00
TOTAL	R\$7.383.484.520,00

Ou seja, durante nove anos de existência foram alimentados R\$ 7.383.484.520,00 ao FMDT. E agora coloco a seguinte indagação aos leitores: durante tal período, quanto deste dinheiro foi declaradamente destinado para campanhas de educação e conscientização acerca das normas de trânsito? R\$ 9.980.973,0025. Isso representa apenas – acreditem – 0,13% do orçamento total. A situação é, no mínimo, curiosa.

24 Disponível em: <<http://orcamento.sf.prefeitura.sp.gov.br/orcamento/execucao.php>>. Acesso em 22.07.2018.

25 Dos orçamentos analisados, apenas em 2017 encontramos um item que apontava expressamente gastos direcionados à educação no trânsito: item “E1185 – Ações de educação de Trânsito”, p. 83 do Quadro de Execução Orçamentária de 2017. Disponível em:

Para contextualizar: somente no CTB, existem 93 infrações de trânsito distintas, cada uma delas com gravidade e penalidades diferentes. Ora, até mesmo para alguém trabalhe em tempo integral com direito de trânsito seria um desafio memorizar e ter na ponta da língua todas elas; imagine para os demais cidadãos, que têm outros afazeres e preocupações cotidianos ocupando suas mentes.

O mínimo que se esperava da Prefeitura de São Paulo, que arrecadou pelo menos R\$ 6,7 bilhões em multas de trânsito nos últimos dez anos, seria a realização de campanhas robustas e periódicas para a conscientização e educação dos condutores acerca da multiplicidade de infrações de trânsito e suas respectivas penalidades. Mas não, optou-se por aumentar os investimentos em fiscalização eletrônica em 872,43%; simultaneamente, foram destinados mais de R\$ 7 bilhões ao FMDT, ao passo que apenas 0,13% desse dinheiro foi efetivamente investido em educação de trânsito, segundo os dados orçamentários divulgados pela Prefeitura de São Paulo.

Conclusão: a *cultura da multa*

Conforme vimos acima, a receita arrecadada com as multas de trânsito está vinculada por lei à consecução de um bem maior, qual seja, o desenvolvimento do trânsito de modo a torna-lo mais seguro, beneficiando, assim, toda a coletividade. Ou seja, a fiscalização e consequente aplicação de multas nunca poderá objetivar o lucro (a não ser que haja desvio de verbas); daí porque

<http://orcamento.sf.prefeitura.sp.gov.br/orcamento/uploads/2017/qdd_2017.pdf>.
Acesso em: 22.07.2018.

acreditamos que a expressão “indústria” não seja a mais adequada para descrever o fenômeno estudado.

Verificamos, ainda, que, entre 2008 e 2017, a arrecadação com multas cresceu 196,20%; já os investimentos em fiscalização eletrônica dispararam em 872,43%; em contrapartida, os acidentais fatais caíram em 45,57%. A partir disto, concluímos que o aumento frenético da fiscalização é, sim, capaz de conferir maior segurança ao trânsito. Mas o método não é eficiente. É como tentar encher uma piscina com um balde d’água: é possível? Claro. É eficiente? De modo algum.

Por fim, constatamos que nos últimos nove anos apenas 0,13% do orçamento do FMDT foi destinado a fomentar a educação no trânsito, o que corresponde a R\$ 9.980.973,00. Comparativamente, entre 2008 e 2017 foram investidos incríveis R\$ 440.320.109,00 em fiscalização eletrônica.

É exatamente neste sentido que negamos a existência de uma “indústria da multa” e afirmamos com veemência que houve a gênese de uma verdadeira *cultura da multa* na última década, em São Paulo. Isto é, criou-se nos administradores públicos a convicção (quase uma obsessão) de que é melhor punir do que educar para prevenir (isso soa familiar, não?).

No entanto, deixo claro, não sou a favor da abolição da fiscalização de trânsito. Ela é necessária, mas não com a intensidade com a qual tem sido implementada nos últimos anos (freneticamente). Talvez tenha chegado a hora de se investir mais (bem mais) na educação e conscientização dos condutores acerca das normas (especialmente das infrações) de trânsito e dos malefícios

causados a si próprio e à toda a coletividade ao se desrespeitar a lei de trânsito.
Orçamento, há; falta disposição.

ART. 149 DO CÓDIGO PENAL: DOS ENTRAVES ENFRENTADOS NO CONTROLE DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

PAMELA CORDEIRO ROZA: graduanda de Direito pela Universidade Estadual de Londrina e estagiária no escritório Braga, Storti e Borgo Advocacia.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo tratar sobre o trabalho análogo ao escravo no Brasil e os entraves enfrentados na tentativa de combatê-lo. Para isto, se desenvolverá uma linha de pensamento com o objetivo de explicar, de forma sucinta, o tipo penal do art. 149 do Código Penal e sua aplicabilidade, trazendo ainda suas principais dificuldades e mudanças sofridas no decorrer do tempo.

Palavras-chave: trabalho escravo, Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, art. 149, Código Penal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. Reformulação do artigo 149 do Código Penal. 3. O trabalho escravo no Brasil no século XXI. 3.a. Concordância do trabalhador com a atividade desenvolvida. 3.b. Da liberdade de ir e vir do trabalhador segundo a ótica do TRF-1. 4. Dos entraves enfrentados no controle do trabalho escravo no Brasil. 4.a. Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo: 4.b. Da competência para julgar. 5. Lista suja. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Primordialmente, cabe mencionar que o objetivo do presente artigo é apresentar as dificuldades enfrentadas para combater no trabalho escravo no Brasil no século XXI. Conforme será exposto, no que tange o trabalho escravo no Brasil, apesar de abolido no século XIX, o mesmo vem persistindo até a atualidade, de uma forma diferente do que está exposto nos livros de história, vez que atualmente para se configurar o trabalho escravo, não há necessidade de senzalas e castigos físicos, bastando somente condições degradantes de trabalho.

Ainda, no presente artigo, discorrer-se-á sobre os entraves enfrentados no Brasil, ao buscar combater o trabalho análogo ao escravo e das possíveis soluções para seu combate, tal como a lista suja, medida adota após a vinda no Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

2. Reformulação do artigo 149 do Código Penal

Em 2003, editou-se a lei n.º 10.803, responsável por formular nova redação a infração penal prevista no artigo 149 do Código Penal.

Em momento posterior a edição da lei, o art. 149 do CP trata apenas da “condição análoga à de escravo”, o que ocasionava divergências quanto sua interpretação, haja vista tratar-se um termo genérico. Mediante esta lacuna enfrentada art. 149, surge a lei 10.803/2003, responsável por complementar a antiga redação sobre o que seria a “condição análoga à de escravo”.

Para a doutrina, mais especificamente Julio Fabbrini Mirabete é possível conceituar o art. 149 da seguinte maneira:

“Trata-se, como se afirma na EM, de entidade criminal ignorada no Código anterior. É o crime que os antigos chamavam de *plagium*. Etimologicamente, “plágio” é desvio de escravo e “plagiário” o que toma para si escravo alheio. Por extensão, porém, as palavras tomaram o sentido mais conhecido de apropriação e de apropriador de trabalho literário ou científico alheio”.^[1]

Neste sentido, observe-se como ficou o art. 149 após redação da lei 10.803:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

Observe-se que no art. 149 em seu texto, não traz a ideia formulada de trabalho escravo como no séc. XIX, em que havia senzalas e castigos físicos, e sim, a necessidade de condições degradantes de trabalho.

Ao empregador que dispõe de situações análogas ao trabalho escravo, aplicar-se-á pena de 2 a 8 anos, mais multa e pena adicional referente à violência praticada em desfavor do trabalhador. Ainda, em caso de crimes praticados contra menores de idade ou por motivos discriminatórios, ocorrerá o aumento de 50% da pena. Ainda, há de salientar que o empregador condenado pelo crime previsto no art. 149 do CP, ficará impedido de participar de licitações por um período de 10 anos.

3. O trabalho escravo no Brasil no século XXI:

Do lado ocidental, o Brasil foi o último país a abolir o trabalho escravo (teoricamente), conteúdo, tal prática pendura-se até os dias atuais, visto que atualmente, o número de trabalhadores inseridos em condições análogas à de escravo corre longe de acabar.

Nesse sentido, o site Repórter Brasil trouxe dados a respeito da libertação de trabalhadores em situações análogas a escravidão no Brasil que, entre os anos de 1995 a 2015, teve seu ápice em 2007, com a libertação de 5999 trabalhadores, enquanto que em 2015 o número foi de 1111 trabalhadores.^[2]

A libertação dos trabalhadores foi uma ação conjunta realizada entre o Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal.

3.a. Concordância do trabalhador com a atividade desenvolvida:

Outro ponto importante a ser levantado está na concordância do trabalhador em exercer a atividade (cumpre mencionar que não há restrições quanto a atividade que possa ser considerada análoga ao trabalho escravo) em situações análogas ao trabalho escravo.

Ocorre que, não há o que se falar em uma concordância partindo da parte do trabalhador, tendo em vista ser a dignidade da pessoa humana um princípio absoluto e inalienável, conforme previsão do art. 1º, inc. III, da CF/88.

3.b. Da liberdade de ir e vir do trabalhador segundo a ótica do TRF-1:

Em recente decisão, o TRF-1, julgou que, a simples violação das leis trabalhistas não caracterizam o trabalho escravo, sendo necessário para isso que a liberdade de ir e vir dos empregados seja comprometida.

Sob esta ótica, a 4ª Turma do TRF-1 absolveu um fazendeiro e seu gerente, acusados de delito por irregularidades. No presente caso, foram encontrados cerca de 12 trabalhadores em situações degradantes de alojamento, em que o local estava desprovido de instalações sanitárias e, ainda, não dispunham de equipamentos necessários para proteção individual para se trabalhar em construção e manutenção de cercas em área rural.

Visto isto MPF moveu uma ação em face do empregador, sob a acusação de situação análoga ao trabalho escravo, conforme dispositivo do art. 149 do CP. Entretanto, segundo entendimento da 5ª Vara Federal de Cuiabá, não há de se falar em trabalho escravo, visto haver liberdade dos trabalhadores. [3]

Entretanto, o presente Acórdão vai contra a última portaria publicada em dezembro de 2017, definindo o trabalho escravo conforme os parâmetros já utilizados nos últimos 15 anos.

A necessidade desta última portaria adveio após as alterações sofridas anteriormente, onde uma portaria – atualmente suspensa pela ministra Rosa Weber, do STF – entrou em vigor, em que dispunha que o crime previsto no art. 149 caberia apenas aos casos em que houvesse restrição de liberdade.

4. Dos entraves enfrentados no controle do trabalho escravo no Brasil:

A fiscalização do trabalho escravo e seu combate vem caindo gradativamente no Brasil, conforme dados do Ministério do Trabalho. Nesse sentido, cumpre mencionar que no último ano, houve uma queda de cerca de 23%, quando comparado com o ano anterior no número de operações de fiscalização do trabalho escravo.

4.a. Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo:

Elaborou-se, em 2003, o Plano Nacional par Erradicação do Trabalho Escravo, em que se reuniu 76 medidas de combate ao trabalho escravo.

A Erradicação do Trabalho escravo trata-se de medida básica para o Estado Democrático de Direito, sendo, desta forma, o seu combate um dos principais objetivos do Governo.

Após a implantação do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, foi notório o crescimento da conscientização, sensibilização e capacitação para seu combate. E mais, dentre o ano de 2001 a 2004, houve um considerável aumento das mídias em tratar sobre o tema, mais especificamente aumento de 77 matérias publicadas para 1.518.

Outro dado preocupante está no fato de que mesmo após a libertação de mais de 18.000 trabalhadores de situações análogas ao trabalho escravo, poucos foram os casos de condenação pelo art. 149 do CP. Sem contar nos casos em que há a prescrição do crime, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 109 do CP, tendo em conta o longo tempo que leva sua tramitação no âmbito jurídico.

4.b. Da competência para julgar:

Não bastasse todas as dificuldades enfrentadas em por em prática o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, ainda há o impasse quanto a sua competência.

Tanto a Justiça Federal quanto a Justiça Estadual defendem ser de sua competência o julgamento dos crimes previstos no art. 149 do CP, o que acaba por gerar maiores dificuldades na hora de levar a diante, na esfera jurídica, o presente crime, pois como se sabe, se todos pleiteiam a competência, no fim a ninguém pertence.

5. Lista suja:

Ainda, no que tange o Plano acima mencionado, apesar dos impasses sofridos, deve-se salientar uma importante medida adotada após sua implantação. Trata-se de uma medida adotada após a vinda do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, concedendo às empresas e bancos

públicos a possibilidade de negar crédito e empréstimos aos empregadores inseridos nesse rol. A lista suja é divulgada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Incluem-se na lista suja empregadores autuados pela fiscalização pela prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal. Os fiscais responsáveis por realizar as conferências em fazendas, fábricas e obras, ao se depararem com situações que vão em desacordo com a CLT, tal como em circunstâncias análogas ao trabalho escravo, são encarregados de autuarem os empregadores.

Além das restrições que poderão sofrer ao contato um banco ou empresa pública, estes trabalhadores também ficam sujeitos a ações administrativas trabalhistas, ações cíveis e ações penais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ante o exposto, conclui-se que, por mais que o trabalho escravo, teoricamente, encontre-se abolido desde o séc. XIX, o Brasil ainda sofre com inúmeros trabalhadores mantidos em situações análogas à escravidão. São esses trabalhadores, pessoas que saem em busca de melhores oportunidades e muitas vezes, por exemplo, enganam-se com fazendeiros ou com propostas para trabalhar em confecções, ainda, ressalte-se tratar apenas de um mero exemplo, pois conforme exposto acima, poderá ser considerado como trabalho escravo qualquer modalidade de serviço que se encontre dentro do art. 149 do CP.

Por fim, tornou-se possível compreender que o combate do trabalho escravo requer a aplicação efetiva do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, a fim de que haja uma maior fiscalização por parte do Estado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 29º ed. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2012. Pg.161.

TRABALHO ESCRAVO. Disponível em:
<<http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>

O TRABALHO AO TRABALHO ESCRAVO ESTÁ EM DECLÍNIO NO BRASIL. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/revista/963/o-combate-ao-trabalho-escravo-esta-em-declinio-no-brasil>>

REGRAS DA “LISTA SUJA” DO TRABALHO ESCRAVO NECESSITAM DE UMA FAXINA. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/regras-lista-suja-trabalho-escravo-necessitam-faxina>>

Organização Internacional do Trabalho. TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL NO SÉCULO XXI. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227551.pdf>

NOTAS:

[1] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 29º ed. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2012. Pg.161.

[2] Fonte: site <http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>.

[3] O Acórdão do presente poderá ser visualizado no endereço: <https://www.conjur.com.br/dl/crime-trabalho-escravo-acontece.pdf>

INSTITUTO TRIBUTÁRIO INTITULADO OUC FARIA LIMA

ALINE DE ALMEIDA LEITE E SOUSA:

acadêmica do curso de Direito afiliada à
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O direito urbanístico é provisionado pela Carta Constitucional e com o intento regulamentar os artigos da constituição que versam sobre este tema, foi promulgado o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 que apresenta o instituto jurídico urbanístico das operações urbanas consorciadas quanto instrumento tributário em seus artigos 32, 33 e 34. Tal instrumento ressalva os princípios constitucionais, o artigo 5º, CF, incisos XXII, XXIII, XXIV e XXVI (que respaldam acerca do direito de propriedade, sendo este um direito social) e ao artigo 170, CF (que dispõe a respeito dos princípios da ordem econômica e financeira).

Palavras-chave: Direito urbanístico. Lei Federal 10.247. OUC Faria Lima.

ABSTRACT: The urbanistic right is provisioned by Constitution and with the intent of regulate the articles of constitution that verse about the theme, was promulgated the City Statute at July 10th of 2001, that presents the juridic institute of urban operations in articles 32, 33, and 34. This instrument observes the principles of constitution and the article 5º, subsection XXII, XXIII, XXIV e XXVI (that dispose around the property right, which is one social entitlement) and the article 170 (that dispose about the principle and economic and financy ordy).

Keywords : Urban Law. Federal Law 10.247/01. Faria Lima OUC.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO URBANÍSTICO. 1.1 Conceito. 2. CIVILIZAÇÃO. 2.1 Direito comparado. 2.2 Fontes do direito urbanístico. 2.3 A preservação da identidade dos lugares. 2.4 Normas gerais de direito urbanístico (exegese). 2.4.1 Regimes Público e Privado na Administração Pública. 2.4.2 Princípios Constitucionais. 2.4.3 Princípio Relativos ao Direito Urbanístico. 3 ESTATUTO DA CIDADE. 3.1 Critérios estabelecidos. 3.1.2 Parâmetros adotados. 3.1.3 Instrumentos. 4 AS CIDADES E A POLÍTICA URBANA. 4.1 Conceito. 4.2 Abrangência. 4.3 Histórico. 5 OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA. 5.1 Conceito. 5.1.1 Características do instituto. 6 Operação

Urbana Consorciada Faria Lima. 6.1 Principais aspectos. 6.1.1 Histórico da Operação Urbana Consorciada Faria Lima. 6.1.2 A nova Lei 13.769, de 26/01/2004 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima. 6.1.3 Principais Aspectos da Operação Urbana Consorciada Faria Lima. 6.2 Descrição das intervenções. 6.2.1 Avenidas Faria Lima e Cidade Jardim. 6.2.2 Avenidas Faria Lima / Rebouças e Eusébio Matoso. 6.2.3 Interligação do prolongamento da Av. Faria Lima com a ligação Funchal – Haroldo Veloso. 6.2.4 Reconversão Urbana do Largo da Batata. 6.2.5 Boulevard JK. 6.2.6 Dos meios, recursos e contrapartidas da operação urbana consorciada Faria Lima. 6.3 Viabilidade. ILUSTRAÇÕES. FÓRMULAS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, preceitua-se que o direito divide-se em direito privado e direito público, o direito administrativo, por sua vez, está atrelado ao direito público, o direito urbanístico, então, surge a partir de princípios, normas, fundamentos e diretrizes de direito administrativo, sendo o Estatuto da Cidade principal fonte jurídica deste.

Desta maneira, nota-se que o Estatuto da Cidade é editado com o intento de regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição da República inserida no tópico referente ao ordenamento urbano. O aludido estatuto estabelece normas gerais que deverão ser suplementadas pelos Estados e, especialmente, pelos Municípios buscando regular o uso da propriedade urbana de forma fiel ao que dispõem os mencionados dispositivos constitucionais e que possa contribuir para o bem-estar das pessoas, tanto para o equilíbrio ambiental.

Fundamenta-se também através de princípios gerais, administrativos e constitucionais. Os princípios gerais versam de longa data, com início nos estudos clássicos respaldam-se sobre a propriedade, advinda do contrato social e no direito à mobilidade.

O contrato social surgiu com o fim do nomadismo e o início dos conhecimentos agrícolas que foram primordiais para o estabelecimento das primeiras propriedades, produziu-se mais energia e enfim grandes civilizações

tomaram seu lugar. Ulteriormente, o pensamento de Rousseau transformou a concepção de civilização trazendo todos os seus aspectos racionalistas à tona.

O trabalho vai respaldar, então, sobre o direito urbanístico, iniciando com os principais pontos do processo de civilização até culminar nos princípios que hoje são importantes vertentes deste direito que é ambivalente, isto é, ocorre no direito privado e também no direito público.

Desta maneira a ênfase será no instituto tributário (conforme artigo 4º do Estatuto da Cidade) das Operações Urbanas Consorciadas, em especial a Operação Urbana Faria Lima.

1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO URBANÍSTICO

1.1 Conceito

Neste panorama atual de ampla transformação surge o direito urbanístico como uma disciplina jurídica recente e que encontra-se em constante modificação. Em sua origem, a palavra urbanismo, do latim "urbis", significa cidade e, por extensão, os habitantes da cidade. Tecnicamente, "é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade". Em outras palavras, consiste o urbanismo na ciência e na técnica de ordenar os espaços habitáveis, visando ao bem-estar geral.

Incidindo sobre o Urbanismo, o Direito Urbanístico, é objetivamente, definido como o "conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinado a ordenar os espaços habitáveis". Enquanto o Urbanismo pauta-se por estabelecer as cidades com o objetivo de criar condições satisfatórias de vida nos centros urbanos. É a atividade de planejamento que projeta a cidade em seu sentido mais vasto.

Quanto a conceituação da cidade cabe lembrar que nem todo núcleo habitacional pode receber o título de "urbano". A fim de que um centro habitacional seja conceituado como urbano torna-se necessário preencher os seguintes requisitos: densidade demográfica específica; existência de profissões urbanas no local; economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; existência de camada urbana com produção, consumo e direitos

próprios. Logo, não basta somente a existência de um aglomerado de casas para configurar-se um núcleo urbano, o que acaba por dificultar a sua conceituação. E do ponto de vista da Sociologia Urbana três concepções podem ser destacadas relativamente ao conceito de "cidade": concepção demográfica; concepção econômica; a concepção de subsistemas.

O conceito demográfico e quantitativo de "cidade" é muito difundido, pelo qual se considera cidade o aglomerado urbano com determinado número de habitantes. É a concepção que orienta a definição oferecida por Sjoberg, que perfaz a conseqüente consideração - "a cidade é uma comunidade de dimensões e densidade populacional consideráveis, abrangendo uma variedade de especialistas não agrícolas, nela incluída a elite culta".

A concepção econômica de "cidade" apóia-se na doutrina de Max Weber. Fala-se em "cidade" nesse sentido "quando a população local satisfaz a uma parte economicamente essencial de sua demanda diária no mercado local e, em parte essencial também, mediante produtos que os habitantes da localidade e a população dos arredores produzem ou adquirem para coloca-los no mercado".

A terceira concepção considera a "cidade" como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e sócio culturais no sistema nacional geral. Como subsistema administrativo, a cidade é a sede de organizações públicas que governam não só a cidade, mas também regiões maiores que a rodeiam. Como subsistema comercial, a cidade, centro de população, assume a posição nodal do comércio no sistema nacional; e como subsistema industrial ela é o nexa da atividade industrial do país. Como subsistema sócio cultural ela atua como um lugar propício ao florescimento de instituições educacionais, religiosas e escolares; é o lugar que se desenvolvem as relações sociais, os centros sociais e comunitários, culturais e recreativos.

Assim, o urbanismo evolui conforme a cidade. Então, para compreendê-lo, em todas as suas manifestações, inclusive na jurídica, torna-se necessário fazer um esboço histórico do fenômeno urbano, para chegarmos à urbanização, que causou o desenvolvimento do urbanismo e a atividade urbanística do Poder Público e seu regime.

2. CIVILIZAÇÃO

A obra de Yuval Harari relata em um compêndio os principais acontecimentos da civilização Sapiens. O capítulo em tela busca basear-se neste panorama a fim de realizar indagações a respeito.

Quando foi possível o surgimento das primeiras civilizações? Qual foi o marco inicial para que sapiens tenha conseguido conquistar o mundo? Por qual razão acreditamos nos deuses, no dinheiro e nas organizações políticas? O que nos torna capazes de manejar a tecnologia com tanta facilidade que possibilitou a criação de uma civilização tão rica e vasta? Como e quando surgiram as primeiras cidades?

Estas são indagações relevantes para compreender como ocorreu o princípio das primeiras organizações existentes dentro de nossa “espécie”.

A construção da sociedade como existe hoje foi marcada por acontecimentos marcantes que foram verdadeiros divisores de água, dentre diversos marcos históricos, quatro destacam-se com este propósito: Revolução Cognitiva, Revolução Agrícola, Revolução Científica e Revolução Industrial.

Ademais, os estágios da evolução cultural do homem, que precedem o estágio pré-urbano são: o paleolítico, o mesolítico e o neolítico. Registra a Arqueologia que o sapiens moderno surge no paleolítico superior. Neste estágio ainda predomina a caça, a pesca e a atividade coletora como meio de sobrevivência, embora os equipamentos tenham sofrido uma transformação qualitativa. No paleolítico superior interessa frisar a magia que envolvia as relações dos [1] indivíduos (entre si e com a natureza) em especial, as diretamente ligadas à morte.

Mais do que se pré- ocuparem com a morada dos vivos se pré— ocupavam com a dos mortos, que tinham suas sepulturas abastecidas de alimento, ferramentas e adornos.

Dessa maneira, uma abrupta mudança *cognitiva* culminou em uma *revolução* criativa no Paleolítico que tornou complexo tanto essas manifestações, quanto as relações sociais.

A necrópole é vista como referência, princípio de uma relação com um espaço, com um lugar, com o vir a ser da cidade. No período intermediário, o mesolítico, segundo denunciam os vestígios arqueológicos, o sapiens desfrutou de uma vantagem em relação ao estágio anterior, a companhia do cão. Era o início da domesticação. No neolítico sapiens dará passos decisivos frente ao ambiente. Arroteará a terra semeada e a protegerá das ervas daninhas, cultivara, ativamente, alimentos capazes de manter a população crescente. E efetivamente perceberá o ambiente não apenas “como um abrigo na natureza, mas um fragmento de natureza transformado segundo um projeto”.

Assim, a Revolução Cognitiva foi o marco inicial para o nosso desenvolvimento e foi através da Revolução Cognitiva que foi possível transmitir uma grande quantidade de informação sobre o mundo, foi possibilitada a transmissão de grandes quantidades de informação a respeito das interações sociais, além de possibilitar que grandes quantidades de informação sobre coisas abstratas, como por exemplo espíritos, nações, direitos humanos.

E, então, através da Revolução Cognitiva surgiram as primeiras lendas, mitos, deuses e religiões. Essa capacidade de falar sobre ficções e mitos é a característica mais singular da linguagem que propiciou sermos o que somos hoje. Em decorrência dessa característica tão singular os sapiens conseguem cooperar de maneiras extremamente flexíveis com um número incontável de estranhos.

Por volta de 10 mil anos aconteceu a segunda grande revolução: a Revolução Agrícola. Historiadores contemporâneos definem o período como o estágio em que o homem passou a dedicar a maior parte do seu tempo e esforço a manipular a vida de algumas espécies de plantas e animais; uma transição da tradição de caçadores-coletores nômades para agricultores sedentários.

O advento das grandes civilizações está indissolivelmente ligado com a chamada “revolução agrícola” que contribuiu para a fixação dos grupos humanos em certas regiões e sua decorrente sedentarização. Para esse evento foi de primordial importância a descoberta, por exemplo, das sementes, que levaram ao desenvolvimento das técnicas produtivas, da

especialização do trabalho e da incorporação de uma noção de presente-futuro, indispensável para o entendimento do homem como “histórico”.

As grandes civilizações se desenvolveram sempre próximas dos grandes rios. Isso aconteceu no caso da Mesopotâmia, que hoje constitui o atual Iraque e Kuwait; igualmente foi nas margens do rio Nilo que floresceu a civilização Egípcia, e foi nas margens do vale do rio Indo que a Índia começou a desenvolver uma civilização que se tornaria milenar, e foi próximo aos campos férteis que a China tornou-se uma das maiores civilizações que a humanidade já conheceu.

Foi justamente o excedente agrícola produzido nas proximidades dessas regiões férteis que permitiu a formação de núcleos urbanos, onde determinadas pessoas passaram a exercer outras atividades que não aquelas ligadas à agricultura. Trata-se de uma suposta divisão entre o trabalho intelectual (aquele em que não se produz de imediato nada de visível) e o trabalho manual, ou corporal, (que resulta em algo perceptível, uma mudança de estado).

Com o tempo, essas pessoas, que se desligavam das atividades braçais e muitas vezes ocupavam-se de atividades que passaram a ser consideradas mais honrosas, ou seja, as chamadas “atividades intelectuais” poder político e econômico, levando grupos que detém esse poder a explorarem outras pessoas.

Essas comunidades, praticando a agricultura, estavam se estabelecendo nas proximidades dos rios, em territórios fixos. Além disso, ocorria também a divisão entre trabalho manual e intelectual, o que dava início a formação de uma classe de governantes, responsáveis por estabelecer leis e organizar o trabalho. Haviam, enfim, as condições para que se formassem os primeiros estados.

E por qual motivo, então, os humanos modernos desenvolveram uma crença cada vez maior em sua aptidão para adquirir novas capacidades por meio de pesquisas? O que construiu a relação entre ciência, política e economia?

Assim, a terceira grande revolução que moldou a sociedade de forma profunda e permanente foi a revolução científica. A grande descoberta que deu início à Revolução Científica foi a descoberta de que os humanos não têm as respostas para suas perguntas mais importantes. Foi quando sapiens assumiu sua ignorância que passou a encontrar soluções para o que antes não havia encontrado.

Com a Revolução Científica veio a ideia de progresso. Esta ideia de progresso baseia-se na noção de que, se admitirmos nossa ignorância e investirmos recursos em pesquisa, as coisas podem melhorar.

Os sapiens procuram entender o universo pelo menos desde a Revolução Cognitiva. Nossos ancestrais dedicaram muito tempo e esforço a tentar descobrir as regras que governam o mundo natural. Mas a ciência moderna difere de todas as tradições de conhecimento anteriores em três aspectos cruciais: A Revolução Científica não foi uma revolução do conhecimento. Consistiu, acima de tudo, uma revolução da ignorância. A grande descoberta que deu início à Revolução Científica foi a descoberta de que os humanos não têm as respostas para suas perguntas mais importantes, ou seja, a ciência de nossos dias é uma tradição de conhecimento peculiar.

Até a Revolução Científica, a maioria das culturas humanas não acreditava em progresso. Elas pensavam que a Era de Ouro estava no passado e que o mundo estava estagnado, se não ruindo. A adesão estrita à sabedoria das eras poderia, talvez, trazer de volta os bons velhos tempos, e a engenhosidade humana poderia melhorar esse ou aquele aspecto da vida cotidiana. No entanto, considerava-se impossível que o conhecimento humano fosse capaz de superar os problemas fundamentais do mundo.

A ciência é incapaz de estabelecer suas próprias prioridades. Também é incapaz de determinar o que fazer com suas descobertas. Por exemplo, de uma perspectiva puramente científica, não está claro o que devemos fazer com nossa compreensão cada vez maior da genética. Devemos usar esse conhecimento para curar o câncer, para criar uma raça de super-homens geneticamente modificados ou para criar vacas leiteiras com úberes extragrandes? É óbvio que um governo liberal, um governo comunista, um governo nazista e uma corporação capitalista usariam a mesma descoberta

científica com objetivos completamente diferentes, e não há nenhuma razão científica para preferir um uso em detrimento de outro.

Em suma, a pesquisa científica só pode florescer se aliada a alguma religião ou ideologia. A ideologia justifica os custos da pesquisa. Em troca, a ideologia influencia a agenda científica e determina o que fazer com as descobertas. Daí decorre que para compreender como a humanidade chegou à Lua – e não a uma série de destinos alternativos – não é suficiente fazer um levantamento das conquistas de físicos, biólogos e sociólogos. Precisamos levar em consideração as forças ideológicas, políticas e econômicas que definem a física, a biologia e a sociologia, empurrando-as em certas direções e negligenciando outras.

Duas forças em particular merecem nossa atenção: o imperialismo e o capitalismo. O ciclo de retroalimentação entre ciência, império e capital provavelmente foi o principal motor da história nos últimos 500 anos.

A ciência, a indústria e a tecnologia militar só se entrelaçaram com o advento do sistema capitalista e da Revolução Industrial. Mas, assim que se consolidou, essa relação transformou o mundo rapidamente.

Em seu cerne, a Revolução Industrial foi uma revolução na conversão de energia. Foi demonstrado inúmeras vezes que não há limite para a quantidade de energia à nossa disposição. Ou, mais precisamente, que o único limite é determinado por nossa ignorância. A cada poucas décadas descobrimos uma nova fonte de energia, de modo que a soma total de energia à nossa disposição só continua crescendo.

A Revolução Industrial produziu uma combinação sem precedentes de energia abundante e barata com matérias-primas abundantes e baratas. O resultado foi uma explosão na produtividade humana. A magnitude se fez sentir, em primeiro lugar, na agricultura. Geralmente, quando pensamos na Revolução Industrial, pensamos em uma paisagem urbana de chaminés fumacentas, ou no sofrimento dos mineradores de carvão explorados transpirando debaixo da terra. Mas a Revolução Industrial foi, acima de tudo, a Segunda Revolução Agrícola.

Durante os últimos 200 anos, os métodos de produção industrial se tornaram o sustentáculo da agricultura. Máquinas como tratores começaram a assumir tarefas que antes eram executadas por energia muscular, ou simplesmente não executadas. Os campos e os animais se tornaram muitíssimo mais produtivos graças a fertilizantes artificiais, inseticidas industriais e todo um arsenal de hormônios e medicamentos. Refrigeradores, navios e aviões tornaram possível armazenar a produção durante meses e transportá-la de maneira rápida e barata ao outro lado do mundo.

A Revolução Industrial abriu novos caminhos para converter energia e produzir bens; com isso, em grande medida, libertou a humanidade de sua dependência do ecossistema à sua volta. Os sapiens derrubaram florestas, drenaram pântanos, represaram rios, inundaram planícies, construíram dezenas de milhares de quilômetros de ferrovias e edificaram metrópoles repletas de arranha-céus.

2.1 Direito comparado

Visto isto, é pertinente analisar o direito urbanístico à luz do direito comparado, tendo em vista os diferentes aspectos entre culturas, constituições e normas jurídicas.

O direito comparado é considerado uma disciplina jurídica que estuda as diferenças e semelhanças entre os direitos de diferentes jurisdições, bem como a um método de trabalho ou pesquisa que permite comparar elementos do direito de diferentes jurisdições, com finalidades variadas.

A importância do Direito Comparado tem sido destacada não só pelos juscomparativistas como, também, pelos estudiosos do Direito em geral. Constitui o seu estudo um dos planos mais significativos da Ciência Jurídica na atualidade. A pesquisa jurídica comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico.

Especialmente na época atual, que oferece grande facilidade de comunicações, verifica-se um incessante relacionamento entre os diferentes países, quer no plano político, econômico, comercial e pessoal. Mesmo separados, muitas vezes, por diferenças de natureza ideológica, os países tendem a estreitar os laços no terreno político, em decorrência do pragmatismo

imperante nas relações internacionais. A economia mundial contemporânea é marcada pela vinculação entre os sistemas econômicos das nações; as multinacionais mantêm empresas nos mais variados locais, independentemente de distâncias e posicionamentos ideológicos. A mobilidade das pessoas de um país para outro cresce a cada dia mais. Enfim, é um mundo onde o relacionamento entre os diversos países é um acontecimento marcante.

A definição do Direito Comparado está diretamente ligada à determinação da sua natureza, ou seja, se é uma ciência ou simplesmente um método. Neste ponto há grande divergência entre os estudiosos

Conforme [2]René David em *Traité élémentaire du Droit* o Direito Comparado não é um ramo da ciência jurídica, pois não existem regras de direito comparado no mesmo viés em que há regras de direito civil ou penal, estas regras não são feitas para governar a conduta dos cidadãos, das pessoas de direito público ou do Estado. Assim, conclui que o direito comparado nada mais é, realmente, que a comparação de direitos, é o método comparativo no domínio das ciências jurídicas.

Enquanto, [3]Marc Ancel, em sua obra *Utilidade e métodos do Direito Comparado*; elementos de introdução geral ao estudo comparativos dos direitos, alega a tese contrária e sustenta que o Direito Comparado é ciência, para tal aponta duas razões principais. Em primeiro lugar porque a dimensão geográfica da pesquisa comparativa revela-se, incontestavelmente, de caráter científico. Em segundo lugar, ao distinguir a utilização ocasional da comparação, e a utilização sistemática do método comparativo, percebe-se, facilmente, que está nada mais é que o método de uma ciência que, mesmo se se admitir não ter ela objeto próprio no início, chega-se ao termo da pesquisa, a um resultado, a um produto que se torna um objeto de ciência específica.

Outro fator que influencia o direito comparado é o processo atual de globalização que gera integração econômica, social, cultural e política. O mercado passou a influenciar e muito as questões do Estado, sendo assim, influenciou também diversas legislações.

Ocorre, por muitas vezes, a correspondência entre alguns sistemas normativos em decorrência deste processo da globalização, assim, podemos

notar que vem ocorrendo uma troca ainda maior de informações no tocante ao tema.

Entretanto, não é de hoje que um sistema normativo vem influenciando o outro. Isto ocorre, desde tempos longínquos e, inclusive, ocorreu no direito romano, quando legisladores da época tomaram nota de outros sistemas normativos.

Concluindo, para constituir um próprio sistema normativo eficaz é contundente tomar nota dos demais sistemas normativos, isso não significa que deva incorrer a mera reprodução de informações e sim que este costume pode aprimorar as leis e torna-las melhores.

Outro fator que influencia o direito comparado é o processo atual de globalização que gera integração econômica, social, cultural e política. O mercado passou a influenciar e muito as questões do Estado, sendo assim, influenciou também diversas legislações.

Ocorre, por muitas vezes, a correspondência entre alguns sistemas normativos em decorrência deste processo da globalização, assim, podemos notar que vem ocorrendo uma troca ainda maior de informações no tocante ao tema.

Entretanto, não é de hoje que um sistema normativo vem influenciando o outro. Isto ocorre, desde tempos longínquos e, inclusive, ocorreu no direito romano, quando legisladores da época tomaram nota de outros sistemas normativos.

Concluindo, para constituir um próprio sistema normativo eficaz é contundente tomar nota dos demais sistemas normativos, isso não significa que deva incorrer a mera reprodução de informações e sim que este costume pode aprimorar as leis e torna-las melhores.

2.2 Fontes do direito urbanístico

As fontes são ferramentas de concretização do direito e dos projetos urbanos. Há quatro principais fontes de direito urbanístico com origem em lei –

Constituição Federal de 88, normas gerais, normas específicas, fontes convencionais.

A Constituição Federal constitui uma fonte primordial para esta disciplina jurídica, pois até a Constituição Federal de 1988, o direito urbanístico brasileiro tinha como foco a ordenação das cidades brasileiras. O Estado editava normas jurídicas para ordenar a ocupação do espaço urbano em sua localização e uso (lei de zoneamento) e as especificações das construções (altura, número de andares, recuos – código de posturas).

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão explícita do direito urbanístico, no art. 24, I, atribuindo competência legislativa concorrente à União e aos Estados membros dispor sobre a matéria.

Ao Município, então, está estabelecida competência privativa para executar a política urbana e a ordenação do território (Constituição Federal, art. 30, VIII, e 182).

Além disso, em 2001 foi publicada a Lei Federal [\[4\]](#)10.257/01, chamada de Estatuto da Cidade, que editou as normas gerais voltadas para a política urbana estabelecendo normas sobre planejamento urbano, diretrizes, princípios, instrumentos, competências e sanções para descumprimento das normas cogentes.

O inciso 'I' traz uma intrincada previsibilidade, para tal, disserta a respeito de cidades sustentáveis, sobre a moradia, saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer, para presentes e futuras gerações.

A gestão democrática acontece em algumas metrópoles por meio de associações de bairros, a Câmara abre para que sejam feitas reuniões a fim de debater assuntos problemáticos das cidades.

Esta é a função de um cidadão que busca sanar alguns dos principais percalços em uma determinada região, ocorre na construção de sistemas de captação de água da chuva em piscina para armazenagem em reservatório que visam evitar grandes enchentes.

A armazenagem da água captada é feita em reservatórios, podendo ser eles enterrados, apoiados ou elevados. Sua fabricação pode ser feita de diversos materiais, e sua escolha depende do projeto, capacidade, viabilidade técnica e custo.

O método de massas consiste na utilização de dados de precipitação mensal ou diário. A utilização de dados mensais implicará em reservatórios maiores. Assim, recomenda-se que, quando possível, sejam utilizados dados diários.

Vide Fórmula de massas, em que $S(t) = D(t) - Q(t)$. $Q(t) = C \times$ precipitação da chuva (t), \times área de captação. $V = \sum S(t)$, somente para valores $S(t) > 0$. Sendo que: $\sum D(t) < Q(t)$.

Onde, $S(t)$ é o volume de água no reservatório no tempo t ; $Q(t)$ é o volume de chuva aproveitável no tempo t ; $D(t)$ é a demanda ou consumo no tempo t ; V é o volume do reservatório; C é o coeficiente de escoamento superficial.

Vislumbra-se aqui a praticidade em uma situação extremamente corriqueira em determinadas cidades, onde por participação de cidadãos junto ao Poder Público mostra que este tipo de iniciativa tem muito a favorecer centros urbanos.

Embora inicialmente mostra-se complicada qualquer tipo de efetivação de participação da população no meio urbano esta mostra-se viável quando cidadãos conscientes formulam estas que são pequenas mudanças, porém são grandes passos a fim de garantir qualidade de vida à população.

Desta maneira, é mister nesta iniciativa peculiar a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social.

Por conseguinte, desde a Constituição Federal de 1988, o Direito Urbanístico Brasileiro ganhou intenso substrato normativo em todas as esferas federativas, bem como nos três Poderes, garantindo realidade, efetividade e complexidade.

É necessário, ainda, uma forma mais específica de regulação na produção do espaço urbano. A partir disso, a norma de relevância é o Plano Diretor de cada localidade, previsto no "Capítulo III, do Estatuto da Cidade.

Antes de se tornar regra jurídica o planejamento ganhou adesão de teóricos da Ciência da Administração e da Economia. Com ênfase no campo urbanístico a ação de planejar foi considerada primordial. Entretanto, pode-se dizer que a lei do plano diretor não é implantada com a devida razoabilidade em âmbito nacional.

É concernente que o crescimento urbano sucedeu de forma desordenada em grandes centros urbanos e o plano diretor é de difícil aplicação a fim de corrigir os graves erros cometidos ao longo da história.

Um dos principais percalços ao planejamento urbanístico é a questão do processo de gentrificação nas principais cidades brasileiras, questão essa delicada e pouco debatida.

O processo de gentrificação consiste em um conjunto de processos de transformação do espaço urbano que ocorre, com ou sem intervenção governamental, nas mais variadas cidades do mundo e diz respeito à retirada de moradias, que pertencem a classes sociais menos favorecidas, de espaços urbanos que subitamente sofrem uma intervenção urbana.

Desta feita, entende-se também a reestruturação de espaços urbanos residenciais e de comércio independentes com novos empreendimentos prediais e de grande comércio, ou seja, causando a substituição de pequenas lojas e antigas residências.

Sob crescente pressão turística, os preços das casas não cessam de aumentar, sobretudo nos centros das grandes cidades, empurrando as populações residentes para as periferias e impondo o fecho de lojas históricas e associações culturais/cívicas. A gentrificação tem efeito os profundos ao nível social, político, urbanístico, cultural, etc.

"Por isso digo que a gentrificação é o processo que melhor materializa a luta de classes no espaço urbano contemporâneo, porque a substituição social

faz-se ao nível de classe, numa determinada comunidade. Falando de uma forma simplificada e genérica: entram os ricos e saem os mais pobres e vulneráveis desses bairros populares”, sublinha.

É fundamental o aprendizado com os outros exemplos, lermos as medidas que estão a ser tomadas e sermos capazes de antecipar cenários mais apocalípticos.

2.3 A preservação da identidade dos lugares

PESTANA, Mariana em entrevista concedida ao Jornal Económico de Portugal, 2 fev. 2018. [A entrevista encontra-se transcrita no Anexo 'A' desta monografia de conclusão de curso]

Que lições é que podem ser retiradas do processo de gentrificação em Londres, mais antigo e desenvolvido, no sentido de não se cometerem os mesmos erros em Lisboa e no Porto? Ou não são realidades comparáveis? “A gentrificação é um processo inevitável de crescimento das cidades”, ressalva Mariana Pestana. “Mas o problema inerente a muitos processos de gentrificação é a deslocação forçada de comunidades residentes. Os mais afetados são aqueles que vivem em zonas mais afastadas do centro e que, face a uma crescente valorização da zona e conseqüente aumento de rendas e preços de habitação, se vêem obrigados a afastar-se ainda mais. A gentrificação produz um efeito de expansão contínuo que afasta progressivamente as pessoas com menos posses dos centros urbanos. É urgente, por isso, acompanhar o processo natural de gentrificação com políticas conscientes que amenizem estes efeitos”, sublinha.

Ao nível arquitectónico, considera que a gentrificação em Londres descaracterizou a identidade da cidade? Receia que esteja a acontecer o mesmo no Porto? A identidade ou o património arquitectónico do Porto estão seguros, ou acha que os dirigentes políticos deveriam tomar mais medidas de protecção e preservação? “Eu penso que a preservação da identidade dos lugares é muito importante. E a identidade não é feita apenas de edifícios mas também de pessoas, relações sociais e hábitos. Para preservar a identidade de um lugar é por isso necessário preservar a cultura daquele lugar, assegurando que as pessoas e respetivas dinâmicas sociais que vivem ou trabalham num

determinado lugar possam ali permanecer, a par de novas pessoas e dinâmicas sociais que ali chegam de novo. Há estratégias inteligentes de gentrificação que aproveitam o investimento imobiliário para valorizar o património e melhorar as condições de sociabilidade (espaço público, habitação, reabilitação de lojas), de forma consciente e sustentável. Ou seja, os investidores imobiliários são taxados pela câmara municipal e essa taxa é usada para projetos de carácter cultural e de integração social. Este modelo parece-me justo”, defende Pestana.

“É fundamental assegurar a diversidade das identidades de diferentes bairros e centros urbanos, de baixo para cima. [...] As pessoas mudam-se para o centro de Lisboa ou do Porto por aquilo que eles são, não porque procuram o mesmo que em Londres ou Nova Iorque, senão mudavam-se para lá”, argumenta Mariana Pestana.

“No entanto, há situações em que estes projetos culturais contribuem para uma homogeneização da identidade da cidade, o que a longo prazo tem consequências sociais e económicas muito negativas”, alerta. “A homogeneização pode ser, por exemplo, reabilitar lojas com um gosto ‘trendy’ ou importar modelos de desenvolvimento de lugares que nada têm a ver com aqueles em que se está a trabalhar. Por isso acho que é fundamental assegurar a diversidade das identidades de diferentes bairros e centros urbanos, de baixo para cima. E preservar tanto os edifícios históricos ou antigos (e as dinâmicas) como os contemporâneos. Dito de uma forma simples, as pessoas mudam-se para o centro de Lisboa ou do Porto por aquilo que eles são, não porque procuram o mesmo que em Londres ou Nova Iorque, senão mudavam-se para lá”.

Pestana exemplifica com o próprio trabalho que desenvolve em Londres. “O coletivo que eu co-fundei em Londres, ‘The Decorators’, trabalha com comunidades locais no sentido de desenvolver com elas, a partir delas, modelos de desenvolvimento consciente. Normalmente nós dizemos que é preciso tratar o que permanece com o mesmo cuidado com que se trata aquilo que chega ou se transforma. Ou seja, o desenho de um projeto de gentrificação consciente deve desenhar o que vai ser transformado, mas também aquilo que

não precisa de nenhuma transformação e até deve mesmo continuar a ser como é”, argumenta.

“Há um enorme risco de as estratégias virem de cima e privilegiarem os grupos de residentes que chegam a novos lugares, normalmente os mais afluentes, esquecendo que a identidade desses mesmos lugares foi construída precisamente por aqueles que já lá estão. E são esses que devem ser ouvidos e privilegiados, de modo a construirmos um futuro em que cada cidade, e bairro, tem a sua identidade própria. A homogeneização, o seguimento de modelos instituídos ou importados, é a morte da identidade individual de cada bairro e cidade”, diferencia a arquitecta. “O projeto das lojas com história é um exemplo de valorização de identidades locais e, a longo prazo, eu penso que vai ter retorno cultural e económico. Mas acho que também é preciso desenvolver estratégias para preservar as lojas independentes e locais contemporâneas, para além das históricas”.

Que iniciativas é que têm sido desenvolvidas em Londres para minorar os efeitos negativos da gentrificação? E quais dessas iniciativas é que gostaria de ver replicadas em Lisboa e no Porto? “Acompanhamento dos projetos por estúdios que fazem investigação junto das comunidades e que trabalham em colaboração com grupos culturais e sociais locais, a par das câmaras e junto de investidores imobiliários, de modo a assegurar que os interesses da câmara, dos investidores e dos residentes estão alinhados de modo a beneficiar todos. Eu penso que este trabalho é fundamental, no sentido de assegurar o crescimento económico e transformação cultural das cidades, a par de estratégias sustentáveis e inclusivas de preservação de identidades locais. Nem todos os projectos criativos têm estas qualidades. Muitas vezes, e até inadvertidamente, os artistas, designers e arquitectos servem os interesses instituídos e acabam por fazer mais mal do que bem”, lamenta Pestana. E conclui: “Por isso é importante integrar os projectos criativos em estratégias maiores, desenvolvidas em colaboração com estúdios ou práticas com experiência nesta área, que trabalham de baixo para cima”.

Existem, ainda, as fontes convencionais que são o caso dos contratos. Nesse contexto, é pertinente destacar o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 302.906/SP (2ª Turma, Rel. Min. Herman

Benjamin, j. 26/08/2010), que tem como escopo servir de modelo para futuras decisões que possam surgir.

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRANOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO. 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros

ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza propter rem no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. 5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). 6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano. 7. Negar a legalidade

ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado

não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. 12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição. 13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e regras prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que o funcionário, ao arripio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários. 14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. 15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e

venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe – *nemo dat quod non habet*. 16. Aberrações fácticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidiioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns. 17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente. 18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu

interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservar para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável. 19. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 302906 SP 2001/0014094-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2010)

Aqui questionaremos a vinculação entre a Lei 6.766/79 e como sucedeu a falta de planejamento financeiro que culminou no Crash da Dow Jones em 2008 com a decorrente queda abrupta dos preços das ações que ocorreu após a bolha especulativa no mercado imobiliário, quando grandes volumes de ações foram negociados a valores relativamente abaixo do estipulado.

Existem neste setor agências de risco que fazem cálculos a ponto de regular a situação macroeconômica. Então, o que levou a Dow Jones a vender ações abaixo dos preços estipulados?

A Lei 6.766/79 em seu artigo 1º aborda sobre o parcelamento de solo, fazendo um breve relato deste acontecimento que ocorreu primeiramente em território brasileiro com o Tratado de Tordesilhas. Procurando evitar o desgaste de um conflito militar, os espanhóis aceitaram a revisão dos acordos com uma nova intermediação. Com isso, o Tratado de Tordesilhas foi assinado em junho de 1494. Estabeleceu-se a demarcação de um novo meridiano localizado a 370 léguas a oeste da ilha de Cabo Verde. Os territórios a oeste seriam explorados pelos espanhóis; e as terras a leste deveriam ser controladas pelos lusitanos. Dessa forma, o novo acordo assegurou a exploração lusitana em parte dos territórios que hoje compõem o Brasil.

Ademais, determina a lei que Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto na lei para às peculiaridades regionais e locais. Entretanto, dificilmente há a cautela na proteção à identidade dos lugares.

Desta maneira, esta é muito possivelmente uma motivação para o crash das hipotecas. Vislumbra-se cada vez mais que o valor da propriedade é cedido pelas benfeitorias arquitetônicas.

Muito embora a literatura econômica diga que há pelo menos três modelos de crises financeiras mais associadas a crises cambiais: modelos de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração.

O primeiro modelo destaca as crises provenientes dos problemas de prestação de contas. A raiz dos problemas estaria no déficit orçamentário do governo considerado exôgeno e financiado por crédito doméstico.

O segundo modelo relaciona a crise a grande quantidade de informações disparadas por meios de informações, as fake news e a dificuldade de averiguar a procedência das fontes.

A queda da bolsa de valores dos países do sudeste asiático cabe mais no modelo da terceira geração de crise cambial. Em 23 de outubro de 1997, a bolsa de valores de Hong Kong despencou. Em meio a um choque de juros determinado pelo governo para evitar a fuga de capitais, a bolsa de Hong Kong caiu 10,4%, enquanto em São Paulo o tombo foi de 8%.

É questionável, entretanto, que a crise cambial tenha sido o único motivo para ocasionar a grande depressão de 2008, tendo em vista que a crise da Dow Jones que culminou em Nova York foi justificada pela falta de dólares em caixa e a moeda oficial de câmbio em NY é justamente o dólar, logo, sucedeu pela falta de planejamento estrutural.

Planejamento este que é feito não apenas em um único setor, ocorre de forma alinhada a diversos setores para atingir a magnitude de seus efeitos na prática. Entretanto economistas insistem que o motivo pelo qual trabalha-se é

o pagamento da hipoteca, sendo esta onerosa, para a classe econômica é o que sustenta a garantia de boa mão de obra.

Todavia, existem inúmeros gastos seja em um condomínio, conjunto de casas, bairro ou vila que precisam ser custeados através dos impostos. Neste presente trabalho usa-se de exemplo o sistema de captação de águas pela chuva. O sistema de captação de água pela chuva não está relacionado à hipoteca, tampouco a um gasto predial que perfaz-se, por exemplo, a mudança de piso de uma calçada arcada por condôminos com o fundo de reserva predial.

Analisando de maneira contratual, tendo em vista que essas são as fontes convencionais de direito da 'urbs', é muito provável que um contrato/licitação bem elaborado possa ser a solução neste projeto.

O sistema de captação já é muito utilizado em diversas associações de bairros da região paulistana, pelo fato de que os tão corriqueiros dilúvios desvalorizam as propriedades da região levando os valores das casas e prédios a uma queda abrupta e a presença deste sistemas tem se mostrado uma solução eficaz para mudar este panorama.

Aqui queremos visualizar qual é a forma de contrato/licitação que faz essa associação complexa entre direito privado e público com a participação popular, aqui também faz-se à deixar claro que este tipo de modalidade é restrito.

A eficiência da captação da água da chuva depende do regime de precipitação local, necessitando o conhecimento da quantidade de chuva e seu intervalo durante o ano, a área que será utilizada para captação e o sistema que será utilizado, sendo que o mais comum se dá pela captação no telhado.

O uso final da água captada pela chuva geralmente serve para fins não potáveis, pois não possuem processos rigorosos de filtrações e limpezas, mas quando executados tais procedimentos, pode a água da chuva ser utilizada até para o consumo.

A contratação, então, ocorre e regulariza-se através de grandes ditames, alguns deles conhecidos como processos licitatórios, na medida em que os

processos de filtragem são rigorosos. Surge, então, pertinência de uma intermediação adequada. Conforme a Lei 8.666, a licitação é um meio de contratação do setor privado pelo setor público, através de inúmeros fatores que são analisados de acordo com a modalidade da intervenção.

A partir disto é interessante analisar, ainda, os princípios que interferem nessas modalidades de contratação de direito público.

2.4 Normas gerais de direito urbanístico (exegese)

Os princípios que interferem no direito urbanístico aquinhoar-se ão em princípios gerais que são pertinentes ao direito administrativo e princípios específicos que são atinentes ao direito urbanístico.

Isto posto, para que não ocorra uma sobreposição normativa, assim, normas e princípios de direito administrativo fundamentam o direito urbanístico para nortear de maneira genérica, é tão importante também indicar quais princípios aplicam-se a situação concreta. Enquanto os princípios específicos cumprem a função de suprir lacunas.

A situação principiológica confunde a interpretação da legislação pelo motivo da quantidade de princípios aplicáveis, neste sentido é proeminente utilizar-se da exegese. O instituto da exegese busca a minúncia na leitura das leis, a averiguação com a verdadeira protelação da exegese faz com que as leis alcancem aplicabilidade.

Ler-se à em decorrência da exegese com a devida parcimônia a fim de que a estrutura normativa atinja a pujança o que significa produzir efeitos, os princípios sofrem mitigação por não serem utilizados devidamente.

Ocorre que no sistema normativo pauta-se por um sistema constitucional complexo de intrincada aplicabilidade, questiona-se então a fundada sobreposição dos princípios versus o poder constituinte.

Assim, não tão somente a política urbana prevista constitucionalmente norteia o direito urbanístico, destarte inúmeros princípios dão base a esse sistema normativo. Dessa forma, em linhas práticas a política urbana perfaz-se através de um sistema e não tão somente da simples política. Então, a complexidade da constituição é um percalço no que se refere ao direito urbanístico/urbanismo.

É atinente questionar a relação entre princípios e constituição. A constituição estabelece o Estado, princípio é aquele que busca a melhor

interpretação para o sistema normativo, tendo em vista que a CF em sua complexidade inúmeras vezes torna-se inaplicável.

2.4.1 Regimes Público e Privado na Administração Pública

A Administração Pública pode, então, submeter-se a regime jurídico de direito privado ou a regime jurídico de direito público.

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. Exemplificando: o artigo 173, 1º, da Constituição determina que a empresa pública, a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias que explorem atividade econômica se sujeitem a regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este instituir, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado.

Já o artigo 175 outorga ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o parágrafo único deixa à lei ordinária a tarefa de fixar o regime especial de seu contrato, de sua prorrogação, bem como as condições de execução, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Vale dizer que a Constituição deixou de adotar um regime ou outro.

Isto não quer dizer que a Administração Pública não participe da decisão; ela o faz à medida que, detendo o Poder Executivo grande parcela das decisões políticas, dá início ao processo legislativo que resultará na promulgação da lei contendo a decisão governamental. Normalmente, é na esfera dos órgãos administrativos que são feitos os estudos técnicos e financeiros que precedem o encaminhamento de projeto de lei e respectiva justificativa ao Poder Legislativo.

O que não pode é a Administração Pública, por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade.

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado, em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas

jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito privado, no silêncio da norma de direito público.

O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; as vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados privilégios, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o procedimento, publicidade. Outras vezes, mas de sua mesmo utilizando o direito privado, a Administração conversa algumas de suas prerrogativas, que derogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o meio utilizado ao fim público a cuja consecução se vincula por lei.

Por outras palavras, a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum, para permitir à Administração Pública, quando dele se utiliza, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos administrados, criando limitações à atuação do Poder Público.

2.4.1.1 Regime Jurídico Administrativo

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo da Administração Pública resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.

“As normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”.

O direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico: paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral.

É curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo.

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados

privilégios como a imunidade tributário, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

Segundo Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v 97:13), as prerrogativas públicas são “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”.

Todavia, ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que está sujeito a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo de responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares.

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.

2.4.2 Princípios Constitucionais

São princípios constitucionais: a legalidade, impessoalidade, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, continuidade do serviço público, publicidade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, eficiência, segurança jurídica conforme aceda Di Pietro, Direito Administrativo, Atlas.

2.4.2.1 Legalidade

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. É aqui que melhor se enquadra a

ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

2.4.2.2 Impessoalidade

Este princípio, que aparece, pela primeira vez, com essa denominação, no art. 37 da Constituição de 1988, está dando margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros.

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas.

2.4.2.3 Presunção de legitimidade

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos, de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

2.4.2.4 Especialidade

O princípio da especialidade, concernente à ideia de descentralização administrativa quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incube atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Embora esse princípio seja normalmente referido às autarquias, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas

por lei, para integrarem a Administração Pública Indireta. Sendo necessariamente criadas ou autorizadas por lei (conforme norma expressa no artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição), tais entidades não podem desvirtuar-se dos objetivos legalmente definidos.

Com relação às sociedades de economia mista, existe norma nesse sentido, contida no artigo 237 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, em cujos termos “a companhia de economia mista somente poderá constituição”. Significa que nem mesmo a Assembleia Geral de acionistas pode alterar esses objetivos, que são institucionais, ligados a interesse público indisponível pela vontade das partes interessadas.

2.4.2.5 Controle ou tutela

Para assegurar que as entidades da Administração Indireta observem o princípio da especialidade, elaborou-se outro princípio: o do controle ou tutela, em consonância com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

Colocam-se em confronto, de um lado, a independência da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de controle para que a pessoa jurídica política (União, Estado ou Município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação.

A regra é a autonomia, a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.

2.4.2.6 Publicidade

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Existem na própria Constituição (art. 5º) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade:

O inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social.

O inciso XIV assegura a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O inciso XXXIII estabelece que todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social.

O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública.

O direito à informação relativa à pessoa é garantido pelo habeas data, nos termos do inciso LXXII do artigo 5º da Constituição: "conceder-se-á habeas data:

- a) Para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) Para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

2.4.2.7 Moralidade administrativa

Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à

moral e, o menor, ao direito. **Licitude** e **honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual non omne quod licet honestum est.

Antonio José Brandão (RDA 25:454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo.

Antonio José Brandão (RDA 25:454) faz um estudo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do **desvio de poder**.

O mesmo autor demonstra ter sido Maurice Hauriou o primeiro a cuidar do assunto, tendo feito a sua colocação definitiva na 10 edição do Précis de Droit Administratif, onde define a moralidade administrativa como o "conjunto de regras de conduta tirada da disciplina interior na Administração; implicar saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que "é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário".

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendi que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A moralidade estaria na intenção do agente.

2.4.2.7 Razoabilidade e proporcionalidade

A constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

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 (Di Pietro, 1991:126-151)

Segundo Gordillo, “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta a expressa, se é ‘irrezoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a. Não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b. Não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c. Não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar’.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Ele realça o aspecto entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atende a finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.

Também se refere a esse princípio Lúcia Valle Figueiredo. “Discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios Standards ou ideologias, por tanto, dentro do critério de razoabilidade gera, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”.

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade,

entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário Poderá corrigir a ilegalidade. (cap. 7, item 7.8.5).

O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância da formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para proporcionar adequado grau de certeza; segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, Inciso 2º, segundo o qual “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

2.4.2.8 Motivação

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Na Constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato dela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

Na Constituição Paulista, o artigo 111, inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Na Lei nº 9.784/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decida recursos administrativos; VI – decorram de exame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Como se verifica pelo dispositivo, as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais como os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração. No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos. Além disso, há que se lembrar que a exigência de motivação consta de outras leis esparsas, como ocorre, exemplificativamente, na lei nº 8.666, sobre licitações e contratos.

A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante.

2.4.2.9 Eficiência

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

2.4.2.10 Segurança Jurídica

Inserido pelo art. 2º, caput, da Lei nº 9.784, o princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados não sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

2.4.3 Princípio Relativos ao Direito Urbanístico

Rousseau preconizou alguns dos principais princípios relativos ao direito urbanístico, mobilidade, art. 5, inc. XV e a função social da propriedade, art. 186. Tendo nascido em uma família de origem francesa e dedicou-se aos estudos clássicos, as suas principais obras são Emílio Concreto (1762); Origem das Línguas; Discursos célebres - ciências e as Artes; O discurso sobre as desigualdades entre os homens.

O pensamento de Rousseau indaga sobre o valor da propriedade, é a propriedade fundadora do valor social, sendo este o principal princípio do direito urbanístico. Neste contexto, deixa o Sapiens de ser nômade e torna-se estático a fim de produzir o seu próprio mantimento, cria-se a partir deste pensamento a cidade como conhecemos atualmente. Está implícito que a cidade deve existir a fim de servir os seus habitantes.

Conceitua - Art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXVI; 170, III; 182, caput e § 2º; 184, caput; 185, parágrafo único e 186, sobre a função social da propriedade.

Segundo o qual a propriedade deve ser utilizada de forma condizendo com os fins sociais a que ela se preordena.

Arenga, ainda, à respeito da importância da mobilidade, princípio previsto na constituição atualmente. Conceitua - [Art. 5, inc. XV da Constituição Federal de 88](#).

Além destes principais princípios que formam a base da "urbs" que conhecemos, alguns outros princípios tem seu lugar, cinco princípios que versam unicamente sobre o direito urbanístico de maneira estrita, ou seja, sem se estenderem a outros ramos do direito, são eles: princípio da subsidiariedade, princípio de que o urbanismo é função pública, princípio da repartição de ônus e distribuição de benefícios, princípio do planejamento, princípio da afetação das mais valias ao custo da urbanificação como veremos a prospere.

Princípio da subsidiariedade (art. 173), pelo qual se confere; preferência aos particulares na implementação do planejamento urbanístico, desde que estes possam fazê-lo de maneira adequada e suficiente;

Princípio de que o urbanismo é função pública (implícito no texto Constitucional arts. 21, IX, XX, XXI; 23, IV; 25, § 3.º; 30, VIII; 43; 216, caput e §§ 1.º e 5.º), segundo o qual o Urbanismo é um poder-dever do Estado, na medida em que se constitui como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício se revela num dever jurídico;

Princípio da justa distribuição dos benefícios, neste princípio está implícito que o Poder Público deve conter a especulação imobiliária, incentivando o uso adequado do imóvel, inibindo a não utilização ou a sua subutilização.

Princípio do Planejamento: Com previsão constitucional, o planejamento consolidou-se como o instrumento mais adequado à política urbana.

Princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação (arts. 5.º, XXIV, e 145, inc. III da Constituição da República e art. 4.º do Decreto-lei 3.365/41), pelo qual os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes dentro dos limites do benefício por eles auferido, e cuja aplicação prática é demonstrada pelos instrumentos da desapropriação por zona, quando

é expropriada área contígua à necessária para a obra em face da previsão de um aumento extraordinário em seu valor e, da contribuição de melhoria.

3 ESTATUTO DA CIDADE

3.1 Critérios estabelecidos

O Estatuto da Cidade previsto pela lei 10.257/2001 tem como escopo viabilizar e fomentar o diálogo dentro do normamento jurídico contemporâneo em meio a tantos impasses.

Fundamenta a criação de normas aptas a regular o urbanismo, tendo em vista que a sociedade até então constituía-se como rural. Foi preciso, então, dar novo enfoque ao sentido da propriedade urbana, especialmente porque a própria Constituição Federal demandava que a propriedade atendessem à sua função social.

É possível afirmar que o início do direito urbanístico ocorreu entre as décadas de 30 a 70, período em que o direito positivo acena com o princípio da função social da propriedade, os administrativistas e civilistas passam a estudar alguns aspectos jurídicos do urbanismo. A promulgação da Constituição de 1988, por sua vez, afirmará a existência do direito urbanístico e fixará seus objetivos e instrumentos.

A partir do art. 24 tornou-se disciplina jurídica, pois conferiu expressamente à União competência legislativa para editar suas normas gerais (inciso I, c/c o §1º), deixando aos Estados a competência suplementar (§ 2º), existente também em favor dos Municípios (art. 30, II).

Entretanto, o mero status constitucional, embora relevante, não muito acrescenta quando a questão é resolver determinadas controvérsias do ramo jurídico. Há divergência se um tema, instrumento ou norma deve ser enquadrado no direito urbanístico, no direito civil ou no direito local, tendo como reflexo a indefinição quanto ao titular da competência legislativa.

Ao que tange o direito urbanístico, a União faz normas gerais; quanto ao civil a competência é normativa; e quando a matéria for estritamente local, competente será exclusivamente o Município.

Desta forma, permanece sendo benéfico avarar a respeito da identidade e, portanto, da autonomia do direito urbanístico, pois disso depende a solução, quando menos, de muitas dúvidas relativas à competência. Nesse contexto, tem grande relevância as normas, também constitucionais, tratando dos objetivos e instrumentos da política urbana.

3.1.2 Parâmetros adotados

A ligação constitucional entre as noções de “direito urbanístico” e de “política urbana” (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse direito, que surge como o direito de uma “função pública” chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política. Pode-se, então, afirmar o caráter publicístico do direito urbanístico, pois esse ramo do Direito nasce justamente para construir, no tocante à gestão dos bens privados, um sistema decisório complexo, em que o Estado exerce papel preponderante (exemplo: a utilização ou não de um terreno deixa de ser uma opção puramente individual, do proprietário, para tornar-se uma decisão que também envolve o Estado). Daí a natural tendência, entre os especialistas, de identificar um novo tipo de propriedade, a propriedade urbanística, afetada por essa transformação, e já muito distante da noção civilista clássica, em que a propriedade era tida como simples direito individual.

O direito urbanístico, justamente por decorrer de uma visão totalizante de mundo – e de muito coerentemente, tratar o urbanismo como função pública –, sujeita-se ao risco, nada desprezível, de descambar para o totalitarismo estatal. Isso em duas possíveis vertentes: a do Estado que se fecha à influência da sociedade, tanto na tomada de suas decisões como no desenvolvimento de suas ações materiais (isolamento estatal), e a do Estado que impede sistematicamente a ação individual (autossuficiência estatal).

Contra esse risco, duas foram as reações das diretrizes gerais: a afirmação do princípio instrumental da gestão democrática (art. 2º, II) e o reconhecimento da ação privada (inciso III).

Enumera o art. 4º Estatuto da Cidade um rol de instrumentos que são colocados à disposição do Poder Público a fim de estimular a criação de mais espaços habitáveis e ao cumprimento das funções sociais da propriedade e da cidade.

Poderão, ainda, serem utilizados instrumentos prévios à promulgação da lei, além de instrumentos que virem a existir, inclusive por Estados e Municípios. O mais importante, contudo, é destacar a instrumentalização da atuação pública em matéria urbanística.

É notório que os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade já figuravam no texto da Constituição Federal de 1988, mas, não obstante o pacífico entendimento doutrinário no sentido de que tais princípios são dotados de positividade e eficácia, na prática, especialmente perante o Poder Judiciário, predomina um fetichismo legalista segundo o qual qualquer princípio, para ser aplicado, precisa estar traduzido em normas legais, em específicas regras de comportamento.

Princípios são também normas, no sentido em que já determinam ou autorizam determinados comportamentos e também podem vedar a adoção de comportamentos com eles conflitantes. No que se refere a positividade e eficácia do princípio da função social da propriedade são bastante expressivas as argutas observações de Celso Antônio Bandeira de Mello, feitas anteriormente à promulgação da Constituição Federal atualmente em vigor (que é até mais incisiva quanto a isso do que o texto constitucional então vigente), primeiramente quanto aos sentidos que essa expressão comporta e, depois, destacando exatamente a imediata produção de efeitos, independentemente da edição de qualquer lei federal, conforme os seguintes excertos:

- “Perante a imposição constitucional de que a ordem econômica e social realize o princípio da ‘função social da propriedade’, cabem, em tese, e as seguintes distintas intelecções sobre o significado desta ‘função social’ que lhe é exigida.
- “Numa primeira acepção, considerar-se-a que a ‘função social da propriedade’

consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, destarte, as completas, suas vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversa-las).

- “Função social da propriedade é tomada como necessidade de que o uso da propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tendendo-se a otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradita com estes mesmos propósitos de proveito coletivo.
- “A expressão função social da propriedade’ pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de justiça social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso a propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo.
- “É certo, contudo, que mesmo a perspectiva restrita sobre o alcance da expressão ‘função social da propriedade’ – vinculando-a-tão-só ao destino produtivo do bem – já permitiria adotar, caso se desejasse fazê-lo deveras, uma série de providencias aptas a conforma-la ao proveito coletivo. Assim, exempli gratia, a instituição de uma pesada e progressiva tributação sobre imóveis rurais e urbanos ociosos ou insatisfatoriamente utilizados, a proteção legal a posses produtivas sobre prédios rústicos aproveitados por seus titulares ou sobre terrenos urbanos estocados para valorização e não edificadas, seriam providencias conformadas pela noção de função social da propriedade, mesmo que disto se tenha uma visão atrelada tão-somente a sua aplicação útil”.

Dentro deste contexto, é notória a relevância da edição da Lei federal 10.257, de 10.7.2001. Procurando regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, esta lei veio estabelecer normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem

coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental – diz o parágrafo único de seu art. 1º.

3.1.3 Instrumentos

Recebem a designação de planejamento os instrumentos de política urbana, previstos nos incisos I, II, e III do art. 4º da Lei 10.257. Observando uma distinção que efetivamente consta do texto constitucional, a lei faz uma primeira especificação tomando como critério o âmbito espacial de validade. Mencionam-se aí os seguintes incisos: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal”.

Este último comporta diversos instrumentos mais específicos, que são eles – “plano diretor; disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; zoneamento ambiental; plano plurianual; diretrizes orçamentárias e orçamento anual; gestão orçamentária participativa; planos, programas e projetos setoriais; planos de desenvolvimento econômico e social”.

Existem algumas diferenças a destacar entre os instrumentos de planejamento relacionados. Os primeiros (plano diretor, disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e zoneamento ambiental) são fundamentalmente planos físicos, destinados a disciplinar os espaços urbanos. Enquanto o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual são instrumentos basicamente econômicos, destinados a disciplinar o uso dos recursos financeiros municipais. A gestão orçamentária participativa refere-se ao processo de elaboração e execução dos orçamentos acima referidos e corresponde a princípios e preceitos constitucionais (princípio participativo, art. 1º, parágrafo único, e planejamento participativo, art. 29, XII, ambos da CF). Os planos, programas e projetos setoriais referem-se a áreas específicas de atuação, podendo ter maior ou menos amplitude (por exemplo: saneamento básico ou coleta e disposição do lixo, educação ou ensino básico, saúde ou atendimento de emergência etc).

Por último são mencionados os planos de desenvolvimento econômico e social, que vão além da simples disciplina dos recursos financeiros públicos

municipais, para abranger, também, as ações de particulares e de outros níveis de governo.

Recebe especial destaque, entre todos estes instrumentos, o plano diretor em razão da radical alteração de sua concepção, motivada pela posição estratégica que lhe foi conferida pela Constituição Federal de 1988. Assim, deixando de ser um simples instrumento técnico de trabalho, mas sim, também, um instrumento jurídico de atuação do governo local.

Previamente o plano diretor era exaltado como um instrumento técnico destinado a maior racionalidade, economicidade e eficiência à Administração local, como um verdadeiro reestabelecimento, abrangendo todos os aspectos da Administração Municipal e quanto ao conteúdo muito além da ordenação física do espaço urbano, entretanto com parca repercussão jurídica no tocante ao direito de propriedade.

Mudou-se, entretanto, a concepção do Plano Diretor após a Constituição de 88, diminuindo em abrangência e ganhando enorme significado jurídico, trazendo substancial alteração ao conceito de propriedade imobiliária urbana. Deixou de ser apenas um simples instrumento técnico de trabalho, para tornar-se um instrumento jurídico de atuação do governo local.

Não obstante, o Estatuto da Cidade enumera como instrumentos tributários e financeiros de política urbana os seguintes: imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuição de melhoria, incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Em relação ao IPTU, será fixada a sua alíquota que repercutirá expressivamente no montante da arrecadação tributário e também sendo um instrumento de política tributária ligada ao incremento urbano, pois sempre servirá como instrumento de promoção do adequado nível de ocupação do solo e adensamento populacional.

4 AS CIDADES E A POLÍTICA URBANA

4.1 Conceito

Trata-se de um instrumento de política urbana que possibilita promover em determinada área, conjuntamente a um planejamento com o particular,

entre eles o investidor privado, intervenção urbanística para uma renovação urbana com o objetivo de trazer melhorias sociais e ambientais.

Detém interdisciplinaridade, pois arquitetos, administradores e juristas se dedicam a essa tarefa de trazer desenvolvimento socioambiental e certa ordem ao balburdia urbano.

Operação Urbana Consorciada, originalmente denominada Operação Urbana, é um instrumento urbanístico que excepciona a Lei de Uso e Ocupação do Solo e é utilizada para requalificar uma área da cidade ou para implantar e/ou ampliar infraestruturas urbanas, por meio de Intervenções, em áreas da cidade onde haja interesse imobiliário com demanda acima dos limites estabelecidos pela legislação urbanística. Permite à municipalidade outorgar, de forma onerosa, Direitos Urbanísticos Adicionais a uma área urbana delimitada. A Operação Urbana autoriza o Poder Público Municipal a conceder, dentro de um perímetro definido em lei própria, índices e parâmetros urbanísticos adicionais àqueles previstos na legislação ordinária de uso e ocupação do solo, em troca de Contrapartida a ser paga pelo interessado.

4.2 Abrangência

Cada Operação Urbana é criada por meio de lei específica, sujeita à aprovação por quórum qualificado pela Câmara Municipal (aprovação por um mínimo de três quintos dos vereadores). A lei autorizativa descreve o perímetro da Operação Urbana, confere direitos e responsabilidades às partes envolvidas, define os critérios de financiamento da Operação Urbana e estabelece um Programa de Investimentos que serão custeadas com as Contrapartidas. Os recursos advindos das Contrapartidas são considerados recursos extra orçamentários, depositados em uma conta bancária vinculada a cada Operação Urbana, não se confundindo, portanto, com o caixa geral da prefeitura e devem, obrigatoriamente, ser aplicados nas Intervenções dentro dos limites estabelecidos na própria lei.

As Operações Urbanas têm origem no conceito de "solo-criado", desenvolvido por urbanistas a partir de meados da década de 70. O solo criado pressupõe a existência de um Coeficiente de Aproveitamento, de maneira a eliminar as diferenças econômicas entre regiões que o Zoneamento instituiu. A

partir desse coeficiente – originalmente equivalente a uma vez a área do terreno – aquilo que fosse construído a mais seria considerado solo criado.

As diretrizes gerais da política urbana constantes do Estatuto da Cidade e relacionadas às Operações Urbanas Consorciadas são as seguintes: Cooperação entre os diferentes níveis de governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade; Ordenação e controle do uso do solo; Justa distribuição de benefícios e ônus; Adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos; Recuperação dos investimentos do Poder Público; e Igualdade de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos.

Nesse sentido, qualquer Operação Urbana Consorciada envolve os seguintes aspectos principais, a saber: necessidade de sua criação por meio de Lei Municipal específica, com definição da área atingida, a especificação do plano de Operação Urbana Consorciada contendo o programa básico de ocupação, o programa de atendimento econômico e social da população diretamente afetada, sua finalidade, o estudo técnico do impacto de vizinhança, a contrapartida a ser exigida do proprietário que se beneficiar da Operação Urbana Consorciada, as regras para as alterações dos índices de loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, regularizações de imóveis, com a emissão de CEPAC, e a forma de controle da operação compartilhado com representantes da sociedade civil.

4.3 Histórico

No Brasil, o instrumento “Operações Urbanas” surge como proposta nos anos 80, e pela primeira vez é incluído no projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo em 1985, já com o duplo objetivo de promover mudanças estruturais em certas áreas da cidade e mobilizar recursos privados para tal (“*Estatuto da Cidade – Guia para implementação pelos Municípios e Cidadãos*”, Mesa da Câmara dos Deputados, 51ª Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, 2001, Realização Instituto Polis, pg. 82).

Em São Paulo, desde 1991 foram aprovadas cinco Operações Urbanas, quais sejam: Operação Urbana Anhangabaú; Operação Urbana Faria Lima; Operação Urbana Água Branca; Operação Urbana Centro; e Operação Urbana Consorciada Água Espraiada.

Até a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, a engenharia financeira das Operações Urbanas previa o pagamento dos Direitos Urbanísticos Adicionais na forma autorizada em cada lei autorizativa de Operação Urbana, no momento da aprovação do empreendimento. Exigia-se que o interessado fosse detentor de um lote e que contemplasse um projeto do empreendimento. O interessado dava entrada a esse projeto nos órgãos de aprovação da Prefeitura, era feito o cálculo da Contrapartida para aquisição dos Direitos Urbanísticos Adicionais e, no momento da aprovação, pagava, em dinheiro ou obra, dependendo da situação, o valor correspondente aos benefícios outorgados pela municipalidade. Para a Prefeitura, significa dizer que os valores das Contrapartidas, quando pagas em dinheiro, entravam na conta vinculada a cada Operação Urbana somente na medida em que os projetos eram aprovados tornando a execução de cada Intervenção prevista na lei específica um processo dependente da aprovação de muitos projetos e pagamento das respectivas Contrapartidas (quando envolvendo Outorga Onerosa de Direitos Urbanísticos Adicionais), tornando o processo longo e complexo. Para a cidade, significa dizer que o perímetro da Operação Urbana sofria todo o impacto de empreendimentos que se instalavam muito antes que as obras de infraestrutura necessárias para absorver o aporte de área adicional de construção que a lei outorga.

A utilização da definição de operações urbanas como instrumento de política urbana é importada de experiências internacionais ocorridas principalmente na França e nos Estados Unidos, surgidas com o objetivo de revitalização de áreas esvaziadas, para controle de densidade populacional, preservação de imóveis históricos e controle de valorização imobiliária com a utilização de capital privado em razão de restrição fiscal de investimento público.

Na França, a legislação criou em 1967 um modelo conhecido como Zones d'Aménagement Concerté em que o Estado por direito de preempção ou desapropriação adquiria imóveis em áreas degradadas, realizava as melhorias de infraestrutura, o projeto arquitetônico dos edifícios a serem construídos e decidia a destinação do uso que se daria a cada lote, tanto para órgãos públicos quanto para a iniciativa privada, cobrando desta a mais-valia

resultante da valorização ocorrida pela intervenção, com esse recurso a intervenção se autofinanciava ao menos em parte.

Nos Estados Unidos intervenção realizadas nas cidades de Baltimore e de Nova York na região do porto para revitalizá-lo trouxeram além de uma reocupação, uma nova destinação econômica voltada para o turismo e lazer e por consequência mais arrecadação tributária.

Esses exemplos bem-sucedidos da política urbana internacional nas décadas de 1970 e 1980 influenciaram o estudo da problemática das cidades no Brasil, pois o resultado positivo somado à concepção de que nessas intervenções urbanas os recursos surgem ou da iniciativa privada, ou são amortizados por ela ao pagarem as contrapartidas exigidas pelo Poder Público em razão de alterações para o uso ou para o potencial construtivo das edificações.

5 OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

5.1 Conceito

Dessa forma, este estudo final de curso atenta-se a averiguar as principais medidas presentes no Estatuto da Cidade previsto pela Lei Federal 10.257/2001 e tem por escopo apresentar o instrumento de política urbana denominado de [5]Operações Urbanas Consorciadas.

No âmbito do direito a reflexão sobre as cidades pelo direito urbanístico se desenvolveu em direção a compreender ao que significa a função social da cidade e da propriedade, principalmente a urbana, a fim de delimitar qual seria a ingerência do direito urbanístico e a do direito civil.

A análise do Estatuto da Cidade inicia-se com o estudo de duas diretrizes, que têm a natureza de princípios a serem observados no entendimento de todas as demais normas do Estatuto. Para a reflexão sobre as operações urbanas consorciadas houve também a necessidade de analisar brevemente outros dois instrumentos de política urbana: o planejamento e o plano diretor.

As operações urbanas consorciadas têm por intuito alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. Em razão disto, não é toda intervenção urbana que é tida

juridicamente como operação urbana consorciada, mas apenas aquelas que cumpram estes requisitos conforme contempla o art. 32 do Estatuto da Cidade. Não obstante, há entendimento que a operação urbana consorciada não estará completa se faltar à realização de um destes requisitos.

5.1.1 Características do instituto

Assim, as OUC's são consideradas medidas que interferem na infraestrutura de vias públicas com a participação de proprietários/investidores privados com o escopo propiciar transformações urbanísticas que dêem melhor suporte aos cidadãos de grandes centros urbanos.

Através do Estatuto da Cidade podem os municípios outorgar onerosamente um direito de construir área (em m) acima dos limites básicos estabelecidos na legislação municipal. Então, com o pagamento, o interessado adquire o direito de aumentar a área de construção, pode ainda modificar o uso do imóvel, sempre de acordo com regras pré- estabelecidas em legislação específica.

Alguns conceitos importantes relacionam-se às OUC's a fim de criar uma conexão entre o projeto e os efeitos que este mesmo projeto produz em toda a região. Propiciar a definição da área a ser atingida pelo programa básico de ocupação da área; programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; finalidades da operação; estudo prévio de impacto de vizinhança.

Justifica o art. 33 do Estatuto da Cidade, a elaboração de um plano específico para a operação urbana consorciada com, pelo menos, a definição da área a ser atingida.

O perímetro a ser atingido pela operação urbana consorciada é o primeiro fator a ser aferido antes de tomar qualquer medida circunstancial, tendo em vista que diz respeito a região que terá a intervenção. É preciso verificar com cautela as principais vias, avenidas, ruas que passarão sob o crivo de uma alteração estrutural.

A operação não é puramente e simplesmente estética grandes avenidas são as artérias de uma metrópole e devidas alterações são feitas na medida em que há demanda para tal.

Então, como averigua-se a área a ser atingida pelo programa de ocupação de área? Grandes vias viabilizam o trabalho, o comércio e a mobilidade, muito embora seja necessário a presença de vias menores que as interligue entre si. Assim, faz-se o desenho da via onde há maior contingência de mobilidade e por sua vez constata-se as vias menores que farão a ligação entre todas as vias.

Muito embora aqui esteja presente a tradição do direito econômico naquilo que diz respeito a uma operação urbana consorciada, há de se constatar uma série de costumes, hábitos, demandas daqueles cidadãos que lá vivem, ademais preconizasse o direito de ir e vir (art. 5, inc. XV) proporcionando mobilidade, tendo em vista que amplia as principais vias de acesso da cidade.

Atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação também previsto expressamente no art. 33 do Estatuto da Cidade assegura indenizações a famílias que são retiradas de áreas de risco, há previsão expressa por órgãos institucionais onde ocorre demarcação de territórios.

Finalidade da operação é produzir a valorização ambiental que ocorre tanto de natureza econômica (ampliação de possibilidades comerciais ou de prestação de serviços); social (para eliminar focos de pobreza e criminalidade); cultural (preservando o patrimônio arquitetônico e paisagístico); (com obras de infraestrutura para facilitar a circulação viária). Portanto, elas não são obrigatoriamente dirigidas a um programa de habitação.

Enquanto o estudo prévio de impacto de vizinhança compreende a análise de grandes aglomerados populacionais, a existência de equipamentos urbanos e comunitários, em como ocorre o uso e a ocupação do solo, qual a valorização imobiliária atual, em estudo da geração de tráfego atual e futuro, bem como qual é a projeção para a demanda de transporte público, em como ocorre a ventilação e a iluminação da região, quais são as características da paisagem urbana e o levantamento do patrimônio natural e cultural.

5.1.3 Fundamentos constitucionais

A operação urbana consorciada pauta-se pela Constituição e tem como fundamento a efetivação da política urbana. Preceitua o art. 182 que a valorização urbanística está diretamente ligada ao capital estatal.

Entretanto, a capitalização da cidade é desigual porque o Estado dispõe de recursos para universalizar a infraestrutura pública. O conceito de mais-valia urbana envolve a compreensão da capitalização da propriedade pelo Estado quando este investe em infraestrutura urbana e de como o particular se apropria do excedente gerado.

Enquanto, o art. 183 da CF trata da aquisição da propriedade pelo ocupante do imóvel urbano que o utiliza para sua moradia. O dispositivo garante o direito de propriedade àquele que, de fato, a dá uma destinação compatível com preceitos legais.

6 Operação Urbana Consorciada Faria Lima

6.1 Principais aspectos

Majoritariamente o território de São Paulo funciona sob regras especiais: é o território das operações urbanas. OUC's surgiram para propiciar o crescimento em regiões especiais e são responsáveis por captar e investir recursos, vindos de outorga onerosa.

A dizer que a outorga Faria Lima adéqua-se ao tradicionalismo econômico por meio da construção de 'Office Buildings'. Aqui encontram-se alguns dos maiores escritórios, empresas, 'malls'. Viabilizou-se para tal nesta OUC uma avenida arterial em dois sentidos.

Avenida que possui 4km 600m (quatro quilômetros e 600 metros) de extensão com faixa de transporte público, três faixas de circulação de automóveis, ciclovia ao meio para a circulação de moradores locais.

Nisto a novidade desta outorga onerosa é o Metro Faria Lima, localizado na Avenida Brigadeiro Faria Lima, entre as ruas Teodoro Sampaio e Cardeal Arcoverde.

Desta forma, a operação Faria Lima tem como uma de suas finalidades a reconstituição urbanística do Largo da Batata, um quadrilátero extremamente

desvalorizado em razão de inúmeras pichações, rebocos e prédios cedidos através da continuidade da Avenida Faria Lima, o metrô, por sua vez, procura estabilizar a demanda referente à grande circulação de veículos.

Originalmente instituída pela Lei 11.732, de 14 de março de 1995, posteriormente alterada pela Lei nº 13.871, de 08 de julho de 2004 que define o atual conceito da Operação Urbana Consorciada Faria Lima e atualmente regulamentada pelo Decreto 45.213, de 27 de agosto de 2004.

A Lei da Operação Urbana Consorciada Faria Lima estabelece diretrizes urbanísticas para a área de influência definida em função da interligação da Av. Brigadeiro Faria Lima com a Av. Pedroso de Moraes e com as Avenidas Presidente Juscelino Kubitschek, Hélio Pellegrino, dos Bandeirantes, Engenheiro Luís Carlos Berrini e Cidade Jardim, em consonância com a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

As obras previstas visam complementar a estrutura física, formal e de funcionamento da região da Faria Lima, por meio de intervenções que contemplem a melhoria da acessibilidade viária e de pedestres, a priorização do transporte público, a ampliação e organização da infraestrutura instalada e principalmente a reestruturação dos espaços públicos (ruas e praças).

A Operação Urbana Consorciada Faria Lima tem por objetivos específicos:

- Criar condições efetivas para que os investidores e proprietários de imóveis beneficiados com a implantação das Intervenções previstas forneçam os recursos necessários à sua viabilização, sem qualquer ônus para a municipalidade;
- Criar alternativas para que os proprietários de lote parcial ou totalmente atingidos por melhoramentos aprovados possam receber o valor justo de indenização, à vista e previamente e, ainda, para que possam, efetivamente, participar da valorização decorrente da concretização da Operação Urbana;
- Melhorar, na área objeto da Operação Urbana, a qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, inclusive de habitação subnormal, e de usuários, promovendo a valorização da paisagem urbana e a melhoria da infraestrutura e da qualidade ambiental;

- Incentivar o melhor aproveitamento dos imóveis, em particular dos não construídos ou subutilizados; ampliar e articular os espaços de uso público, em particular os arborizados e destinados à circulação e bem-estar dos pedestres.

6.1.1 Histórico da Operação Urbana Consorciada Faria Lima

A Operação Urbana Faria Lima foi a primeira a produzir resultados financeiros efetivos, ou seja, a gerar um ambiente de autofinanciamento para a realização das Intervenções previstas mediante Outorgas Onerosas e sem comprometer, portanto, o orçamento e as finanças do município.

A Operação Urbana Faria Lima encerra um perímetro de aproximadamente 4.500.000 m². Situada no quadrante sudoeste do Município de São Paulo, onde há forte dinâmica imobiliária, essa Operação insere-se numa região de maior valor imobiliário da cidade, seja para usos residenciais, seja para usos não residenciais. Nesse aspecto, pode-se dizer que a Operação Urbana Faria Lima, desde sua implementação, diferencia-se das demais, na medida em que esse instrumento urbanístico, nesse caso, foi aplicado em uma área já consolidada e com forte dinâmica econômica e imobiliária.

A principal infraestrutura urbana a ser implementada com os recursos advindos da Outorga Onerosa de direitos adicionais de construção, a que se pretendia a Operação Urbana Faria Lima, constituía em dotar aquele setor da cidade de uma via de ligação paralela e, portanto, alternativa ao eixo composto pela Avenida Nações Unidas (Marginal do Rio Pinheiros), a partir do trecho existente da Avenida Brigadeiro Faria Lima. Na prática, estivéreis ligando a Avenida Engenheiro Luis Carlos Berrini no Brooklin à Avenida Brigadeiro Faria Lima, e esta, às avenidas Pedroso de Moraes e Alceu de Campos Rodrigues.

As Intervenções urbanas tendem a produzir demanda e, valorização imobiliária. Acredita-se que o prolongamento da Avenida Faria Lima em seus dois extremos implicaria em valorização dos imóveis limítrofes à nova via, tendendo a fazê-los valorizar.

A Lei que criou a Operação Urbana Faria Lima previa a Outorga Onerosa com limitação do Coeficiente de Aproveitamento em cada lote ao máximo de 4 vezes a área do terreno. Estabelecia também um programa de investimentos

orçados, à época, em US\$150 milhões, os quais incluíam a realização de desapropriações, obras viárias, a construção de um novo terminal de ônibus, o atendimento à população de favelas existentes dentro do perímetro da operação (favela Coliseu) e no seu limite (favelas Panorama e Real Parque) e a construção de habitações multifamiliares para venda financiada à população residente em área desapropriada que pretendesse permanecer na região.

Ainda de acordo com a Lei que criou a Operação Urbana Faria Lima, a área correspondente ao seu perímetro dividia-se em (i) diretamente beneficiada, aquela mais próxima ao eixo das avenidas Brigadeiro Faria Lima e Hélio Pellegrino, e (ii) indiretamente beneficiada, equivalente ao restante da área interna do perímetro. Na área diretamente beneficiada, a lei estabelecia um estoque máximo de 1,25 milhões de m², ao passo que na área indiretamente beneficiada eram admitidos 1,0 milhão de m² de Estoque, compreendendo, portanto, um Estoque total máximo de 2,25 milhões de m².

Aos empreendimentos em lotes contidos na área diretamente beneficiada, as regras da Operação permitiam a adoção de mecanismo automático de cálculo de valor de contrapartida baseado em tabela de conversão fixada na própria lei. Na área Indiretamente Beneficiada, não era previsto o mecanismo automático, e as propostas eram analisadas caso a caso e o valor da contrapartida estabelecido mediante avaliação e negociação. Em ambos os casos, entretanto, a lei autorizava o pagamento da contrapartida em até dez prestações, sendo 10% do valor total no momento do alvará de execução.

Esse mecanismo da avaliação e da negociação gerou questionamentos políticos e judiciais quanto aos valores adotados para Contrapartidas em empreendimentos localizados na área indiretamente beneficiada, dada a subjetividade que esse procedimento ensejava, ainda que previsto em lei.

A Operação Urbana Faria Lima apresenta especificidades próprias. A primeira especificidade diz respeito aos tempos de execução da obra e de aprovação da lei que a criou. Como o anúncio da Operação enfrentou forte resistência dos moradores residentes no interior do seu perímetro, a sua aprovação na Câmara Municipal de São Paulo atrasou praticamente dois anos. Com isso, e para superar politicamente um impasse que se prolongava no legislativo, o executivo utilizou a lei de melhoramento que previa a execução

das obras e que estava aprovada desde 1968. Dessa forma, o prolongamento da Avenida Brigadeiro Faria Lima foi executado com recursos orçamentários antes que a Lei 11.732/95 tivesse sido aprovada. Como a Lei dispunha sobre o ressarcimento de valores gastos pela municipalidade com a execução de obras previstas no seu programa de investimentos, os recursos orçamentários utilizados com desapropriações e com a realização daquela obra, foram recompostos quando a Operação foi aprovada pelo legislativo municipal, e as Contrapartidas advindas da Outorga Onerosa dos direitos adicionais de construção começaram a ser pagas.

A outra especificidade previa dois mecanismos distintos para pagamento da Contrapartida. Um, aquele que foi efetivamente implementado, a Outorga Onerosa de direitos adicionais de construção, aplicado lote a lote, empreendimento a empreendimento, onde o interessado apresentava o projeto com os direitos adicionais a serem adquiridos, e pagava a Contrapartida correspondente de acordo com o que dispunha a lei.

O outro mecanismo representou o lançamento do conceito de certidão de Potencial Adicional de Construção denominado CEPAC, da mesma forma como agora. Entretanto, naquele momento, esse título não chegou a se estabelecer como um papel negociável no mercado de capitais. A inexistência de autorização do poder legislativo federal para sua emissão, impediu sua implantação no âmbito da Operação Urbana Faria Lima. Dessa forma, diferentemente do CEPAC regulamentado pela Instrução CVM nº 401, e pelo Decreto Municipal nº 44.844/04, ele sequer chegou a se constituir enquanto um título público, não tendo sido, portanto, ofertado em distribuição pública ou privada, e transformou-se apenas em um valor de referência do custo da contrapartida dos direitos adicionais de construção para efeitos de aplicação da Lei que assim o previa.

6.1.2 A nova Lei 13.769, de 26/01/2004 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima

Obtendo a aprovação pelo Congresso Nacional do Estatuto da Cidade, o CEPAC sobreveio a ser autorizado como instrumento financeiro das Operações Urbanas Consorciadas.

Contudo, a estabilidade jurídica exigida de um título mobiliário pelos investidores do mercado de capitais, e mesmo pelos investidores imobiliários, não era compatível com o grau de subjetividade que o cálculo da Contrapartida prevista na lei original permitia, e nem com os questionamentos jurídicos que essa mesma subjetividade ensejou.

Esses questionamentos ocorreram basicamente por se julgar que esta Operação estabelecia valores de Contrapartida inferiores aos de mercado, beneficiando o empreendedor e não atendendo aos interesses públicos.

A PMSP optou por submeter ao legislativo municipal um projeto de lei com as devidas adequações ao que estabeleciam tanto o Estatuto da Cidade quanto o Plano Diretor Estratégico.

Dessa forma, foi aprovada pela Câmara Municipal a Lei nº 13.769, em 26 de janeiro de 2004, a qual "Altera a Lei nº 11.732, de 14 de março de 1995, que estabelece programa de melhorias para a área de influência definida em função da interligação da Avenida Brigadeiro Faria Lima com a Avenida Pedroso de Moraes e com as Avenidas Presidente Juscelino Kubitschek, Hélio Pellegrino, dos Bandeirantes, Engº Luis Carlos Berrini e Cidade Jardim, adequando-a à Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade)."

De maneira geral, essa nova Lei mantém o disposto na Lei 11.732/95. O que nela se altera é justamente os aspectos relacionados à adoção da lógica do CEPAC para efeitos de Outorga de Direitos Urbanísticos Adicionais. Para isso, procurou-se eliminar qualquer vestígio de subjetividade presente tanto na análise urbanística quanto na negociação até então prevista para efeitos de cálculo de valor de Contrapartida.

As áreas direta e indiretamente beneficiadas foram substituídas por 4 setores (Setor 1: Pinheiros; Setor 2: Faria Lima; Setor 3: Hélio Pellegrino; e Setor 4: Olimpíadas), os quais foram subdivididos em 18 subsetores. Foi adotada uma tabela de conversão de CEPAC em metros quadrados adicionais de construção e para Alteração de Usos e Parâmetros Urbanísticos, com valores distintos para as atividades residenciais e de comércio e serviços. Dessa forma, a nova lei eliminou a subjetividade presente na Lei original e implantou um modelo de cálculo direto através dos valores estabelecidos na tabela, o que permite ao

interessado saber de antemão qual será o valor a ser pago pelos benefícios outorgados pela municipalidade.

Também foi mantido o Estoque total de metros quadrados adicionais – 2.250.000 m² que foram redistribuídos pelos 4 (quatro) setores e por uso, residencial ou comércio e serviços, e eliminadas as áreas direta e indiretamente beneficiadas. Desse Estoque previsto na Lei original, foram debitadas as áreas adicionais já utilizadas nos empreendimentos aprovados, os quais representavam 940.000 m² à época da elaboração do projeto de lei. Na promulgação da Lei, restavam, e eram passíveis de pagamento de contrapartida em CEPAC, 1.281.908,54 m² adicionais, pois nesse intervalo haviam sido consumidos 28.091,46 m² por meio de Outorga Onerosa.

Para absorver esse Estoque construtivo adicional máximo, a Lei prevê a emissão de 650.000 CEPAC a um preço mínimo definido na Lei de R\$ 1.100,00 por CEPAC.

Entretanto, a tabela de conversão de CEPAC em metros quadrados expressa na Lei, ao atender a uma demanda de valorização da Contrapartida, acabou por sobrevalorizá-la, inviabilizando o desenvolvimento da própria Operação Urbana Consorciada Faria Lima, na medida em que, somadas ao custo do terreno, o valor da Contrapartida e o custo da obra, tornavam o valor de venda superior ao que o mercado comprador poderia absorver.

A inviabilidade econômica exigiu uma revisão da tabela de conversão dos CEPAC e, com base em valores obtidos na planta genérica de valores, nos valores presumíveis da Outorga Onerosa nessas áreas, nos estudos de mercado ordenados pelo SECOVI, e ainda, com base na série histórica que a Operação Urbana Faria Lima propiciava, elaborou-se a Lei nº 13.871/04.

A Lei nº 13.871/04 alterou aspectos da Lei 13.769/04, complementando-a. É nela que está a tabela definitiva de conversão de CEPAC em metros quadrados de área adicional, Mudança de Usos e Parâmetros Urbanísticos, tabela esta que foi utilizada para fins de desenvolvimento do estudo de viabilidade que acompanha este prospecto.

Assim, a base legal definitiva que dá sustentação jurídica à Operação Urbana Consorciada Faria Lima é composta pelas leis municipais nº 13.769/04 e nº 13.871/04. Para efeitos de Coeficiente de Aproveitamento Básico sobre a qual se calcula a diferença de Potencial Construtivo a ser outorgado de forma onerosa, nos termos do que estabelecem as regras da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, adota o disposto na Lei nº 13.340/02, o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, e os Decretos Municipais nº 44.844/04, e nº 45.213 /04.

6.1.2 Principais Aspectos da Operação Urbana Consorciada Faria Lima

O escopo da Operação Urbana Consorciada Faria Lima compreende um conjunto integrado de Intervenções coordenadas pela Prefeitura, por intermédio da EMURB (Empresa Municipal de Urbanização), com participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores em geral, visando à melhoria e a valorização ambiental da área definida em função da implantação do sistema viário de interligação da Avenida Brigadeiro Faria Lima e a Avenida Pedroso de Moraes e com as Avenidas Presidente Juscelino Kubitschek, Helio Pellegrino, dos Bandeirantes, Engenheiro Luís Carlos Berrini e Cidade Jardim.

Intervenções ou “Programa de Investimentos” - O Programa de Investimentos tem como preocupação primordial criar as condições de acessibilidade e mobilidade para que os objetivos da Operação Urbana Consorciada Faria Lima sejam atingidos, em especial, a qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores e usuários, inclusive promovendo a melhoria da infraestrutura e da qualidade ambiental, sem a utilização dos recursos do orçamento municipal.

Especificamente, para concretizar a consecução dos objetivos da Operação, as Intervenções têm a finalidade de garantir a implementação das suas diretrizes, em especial complementação e integração do sistema viário existente na região com o sistema macro de circulação da Zona Sul, de forma a possibilitar a adequada distribuição de fluxos de tráfego, tanto os relativos ao transporte coletivo como ao individual.

6.2 Descrição das intervenções

As intervenções promovem a requalificação urbana e reordenamento do tráfego nas imediações do cruzamento contemplando: diminuição dos tempos de percurso e conflitos para os usuários das duas avenidas com prioridade para o transporte coletivo através de adequações geométricas e da implantação do programa Via Livre/CET; melhoria, sobretudo, das condições de segurança e conforto para os pedestres. Também prevê a readequação paisagística do cruzamento, dando continuidade ao projeto implantado ao longo de toda a avenida, iniciado em 2001.

A Avenida Brig. Faria Lima desenvolve-se paralelamente à Marginal Pinheiros, formando um eixo de apoio a esta via, complementado pelas avenidas Gastão Vidigal, Prof. Fonseca Rodrigues, Funchal e Luís Carlos Berrini. Assim, além dos veículos que se destinam aos empreendimentos nela localizados, recebe ainda um significativo volume de tráfego de passagem, que dela se utiliza como rota alternativa à Marginal. A Av. Cidade Jardim, em conjunto com as avenidas Nove de Julho e Europa, constitui-se em importante elo de ligação entre a região do centro expandido da cidade, localizado na margem direita do Rio Pinheiros, e os bairros periféricos, que se situam na margem esquerda. Promove ainda o acesso do Centro à Marginal Pinheiros. O cruzamento entre estes importantes eixos viários situa-se em uma região com forte crescimento imobiliário, que cada vez mais assume características de área voltada ao comércio e à prestação de serviços, apresentando volumes de tráfego significativos em suas aproximações, constituindo-se em um dos pontos críticos do sistema viário estrutural da cidade.

No sentido Bairro - Centro, é prevista a construção de um ramo, subterrâneo, que fará a conexão desta passagem inferior com a Av. Nove de Julho. Assim sendo, os veículos provenientes da Av. Marginal do Pinheiros e bairros do Sudoeste da cidade, através da Av. Cidade Jardim, poderão transpor a Av. Brig. Faria Lima e acessar diretamente as avenidas Europa e Nove de Julho. O desemboque da Av. Europa situa-se no trecho desta via imediatamente anterior ao seu cruzamento com a Av. Nove de Julho, local onde se prevê a instalação de um semáforo para controlar os fluxos veiculares que aí se interceptam. No sentido Centro - Bairro, os veículos provenientes das

avenidas Nove de Julho e Europa, com destino à Marginal Pinheiros e bairros do Sudoeste da cidade, via Av. Cidade Jardim, acessarão a passagem inferior através do emboque único da Av. Europa, localizado entre as avenidas Nove de Julho e Brig. Faria Lima. Seguirão em trecho subterrâneo até transporem a Rua Mário Ferraz, a partir de onde se inicia o desemboque desta pista, na Av. Cidade Jardim.

A implantação desta passagem inferior permitirá a eliminação do cruzamento em nível das avenidas Cidade Jardim e Brig. Faria Lima, melhorando significativamente as condições de tráfego desta via, principalmente nos aspectos ligados à maior fluidez do futuro corredor de ônibus Faria Lima. Será implantada estação de transferência ao longo do corredor de tráfego exclusivo para ônibus no canteiro central da Av. Brig. Faria Lima. Aproximadamente 2 milhões de pessoas serão beneficiadas e 900 empregos devem surgir na execução da obra.

Intervenções ou “Programa de Investimentos” - O Programa de Investimentos tem como preocupação primordial criar as condições de acessibilidade e mobilidade para que os objetivos da Operação Urbana Consorciada Faria, para concretizar a consecução dos objetivos da Operação, as Intervenções têm a finalidade de garantir a implementação das suas diretrizes, em especial complementação e integração do sistema viário existente na região com o macro-sistema de circulação da Zona Sul, de forma a possibilitar a adequada distribuição de fluxos de tráfego, tanto os relativos ao transporte coletivo como ao individual.

6.2.1 Avenidas Faria Lima e Cidade Jardim

Ademais, promove, ainda, a requalificação urbana e reordenamento do tráfego nas imediações do cruzamento contemplando: diminuição dos tempos de percurso e conflitos para os usuários das duas avenidas com prioridade para o transporte coletivo através de adequações geométricas e da implantação do programa Via Livre/CET; melhoria, sobretudo, das condições de segurança e conforto para os pedestres. Também prevê a readequação paisagística do cruzamento, dando continuidade ao projeto implantado ao longo de toda a avenida, iniciado em 2001.

A Avenida Brigadeiro Faria Lima desenvolve-se paralelamente à Marginal Pinheiros, formando um eixo de apoio a esta via, complementado pelas avenidas Gastão Vidigal, Prof. Fonseca Rodrigues, Funchal e Luis Carlos Berrini. Assim, além dos veículos que se destinam aos empreendimentos nela localizados, recebe ainda um significativo volume de tráfego de passagem, que dela se utiliza como rota alternativa à Marginal. A Av. Cidade Jardim, em conjunto com as avenidas Nove de Julho e Europa, constitui-se em importante elo de ligação entre a região do centro expandido da cidade, localizado na margem direita do Rio Pinheiros, e os bairros periféricos, que se situam na margem esquerda. Promove ainda o acesso do Centro à Marginal Pinheiros.

O cruzamento entre estes importantes eixos viários situa-se em uma região com forte crescimento imobiliário, que cada vez mais assume características de área voltada ao comércio e à prestação de serviços, apresentando volumes de tráfego significativos em suas aproximações, constituindo-se em um dos pontos críticos do sistema viário estrutural da cidade.

6.2.2 Avenidas Faria Lima / Rebouças e Eusébio Matoso

As intervenções preveem a recuperação paisagística da avenida através do enterramento das redes de utilidade pública, racionalização e implantação de nova iluminação, arborização e novo projeto para a passarela existente. Estão previstas também ações para a adequação da avenida ao alto volume de veículos e ajustes das condições de fluidez do tráfego e de conforto e segurança para os pedestres implicando na melhoria da infraestrutura – reforço de pavimento, obras de drenagem - ajustes de geometria junto às avenidas Eusébio Matoso/ Faria Lima e rua Rebouças. O projeto básico da nova passarela foi desenvolvido em parceria com o Shopping Eldorado a partir de estudo preliminar desenvolvido pela EMURB (Empresa Municipal de Urbanização).

A Avenida Brig. Faria Lima desenvolve-se paralelamente à Marginal Pinheiros, formando um eixo de apoio a esta última via, complementado pelas avenidas Gastão Vidigal, Prof. Fonseca Rodrigues, Funchal e Luís Carlos Berrini. Assim, além dos veículos que se destinam aos empreendimentos nela localizados, recebe ainda um significativo volume de tráfego de passagem, que dela se utiliza como rota alternativa à Marginal. O corredor viário formado pelas avenidas Rebouças e Eusébio Matoso, importante eixo radial de São Paulo,

promove a conexão entre a região central da cidade e os bairros periféricos, constituindo-se ainda em via de acesso à Marginal Pinheiros. O cruzamento entre estes importantes eixos viários situa-se em uma região com forte crescimento imobiliário, que cada vez mais assume características de área voltada ao comércio e à prestação de serviços, apresentando volumes de tráfego significativos em seus eixos principais, constituindo-se em um dos pontos críticos do sistema viário estrutural da cidade. Outro aspecto fundamental a ser considerado nos estudos envolvendo estas vias que convergem para o cruzamento em análise é a política adotada pela PMSP, de priorização total para o transporte coletivo, com a implantação de corredores de ônibus integrados por meio de estações de transferência. No projeto, o eixo Rebouças/Eusébio Matoso é rebaixado, permitindo a transposição em desnível da Av. Faria Lima, criando uma ligação direta entre a Marginal Pinheiros e bairros periféricos e a região central da cidade.

A redução do tempo de verde do semáforo voltado para as avenidas Rebouças e Eusébio Matoso permitirá priorizar a Av. Faria Lima, onde circulam três ônibus por minuto, em cada sentido, hoje.

No sentido Bairro - Centro, é prevista a construção de um ramo, subterrâneo, que fará a conexão desta passagem inferior com a Av. Nove de Julho. Assim sendo, os veículos provenientes da Av. Marginal do Pinheiros e bairros do Sudoeste da cidade, através da Av. Cidade Jardim, poderão transpor a Av. Brig. Faria Lima e acessar diretamente as avenidas Europa e Nove de Julho. O desemboque da Av. Europa situa-se no trecho desta via imediatamente anterior ao seu cruzamento com a Av. Nove de Julho, local onde se prevê a instalação de um semáforo para controlar os fluxos veiculares que aí se interceptam. No sentido Centro - Bairro, os veículos provenientes das avenidas Nove de Julho e Europa, com destino à Marginal Pinheiros e bairros do Sudoeste da cidade, via Av. Cidade Jardim, acessarão a passagem inferior através do emboque único da Av. Europa, localizado entre as avenidas Nove de Julho e Brig. Faria Lima. Seguirão em trecho subterrâneo até transporem a Rua Mário Ferraz, a partir de onde se inicia o desemboque desta pista, na Av. Cidade Jardim.

A implantação desta passagem inferior permitirá a eliminação do cruzamento em nível das avenidas Cidade Jardim e Brig. Faria Lima,

melhorando significativamente as condições de tráfego desta via, principalmente nos aspectos ligados à maior fluidez do futuro corredor de ônibus Faria Lima. Será implantada estação de transferência ao longo do corredor de tráfego exclusivo para ônibus no canteiro central da Av. Brig. Faria Lima. Aproximadamente 2 milhões de pessoas serão beneficiadas e 900 empregos devem surgir na execução da obra.

6.2.3 Interligação do prolongamento da Av. Faria Lima com a ligação Funchal – Haroldo Veloso

Localizada entre vias de extrema importância, como a Av. dos Bandeirantes, a Av. Pres. Juscelino Kubitschek, a Av. Brig. Faria Lima e a Av. das Nações Unidas, a região objeto de estudo encontra-se em acelerado processo de expansão, observando-se a construção de inúmeros empreendimentos, em sua grande maioria comerciais e de serviços. A implantação destes novos edifícios, pólos geradores de tráfego, empregos e demandas sobre a infraestrutura de redes de utilidades públicas, associada às limitações físicas do sistema viário existente, indicam a necessidade de reestruturação dos sistemas de circulação de pedestre, de tráfego e de transporte da região. Mesmo quando se considera a situação atual, em que grande parte dos futuros empreendimentos mencionados não está concluída, as vias existentes já apresentam condições precárias de circulação, principalmente nos horários de pico, quando se observam enormes congestionamentos. Nesse contexto as intervenções físicas e operacionais projetadas visam implementar melhorias em todo o bairro, principalmente no sistema viário, adequando-o às suas futuras condições de uso. As intervenções projetadas, que totalizam cerca de 2 km de extensão, incluem, além da adequação/modificação da infra-estrutura viária e de rede de utilidades, a implementação de melhorias urbanísticas que proporcionem conforto e segurança aos usuários, motoristas e pedestres. São elas:

6.2.4 Reversão Urbana do Largo da Batata

A Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Planejamento e da EMURB promoveu, então, no primeiro semestre de 2002, em conjunto com o Instituto de Arquitetos do Brasil – IAB, - o Concurso Público Nacional para a Reversão Urbana do Largo da Batata - com o objetivo de

selecionar projetos que se caracterizassem como um conjunto coerente de intervenções e atuações no espaço urbano propiciador de melhoria da condição ambiental e da valorização das práticas sociais na região. O projeto do Largo da Batata, que foi concebido prevendo-se a implantação da futura Linha 4 do Metrô, terá como início das intervenções, a transferência dos pontos finais das linhas de ônibus do Largo da Batata e imediações.

6.2.5 Boulevard JK

De tal modo que, a pedido da Secretaria Municipal de Transporte foram iniciados os estudos para a retomada das obras do Boulevard I e Boulevard II, na Av. Juscelino Kubitschek, que se interliga com o túnel tribunal de Justiça. O projeto foi rebatizado como Boulevard JK. A condição atual de tráfego indica que uma considerável fração das viagens na região tem origem e destino fora da área da Operação Faria Lima, ou seja, pode ser traduzida pelo trânsito de passagem, com decorrente sobrecarga da estrutura viária regional, perda da qualidade ambiental e acentuado processo de degradação do meio urbano. De fato, o quadro de viagens na área da Operação Urbana demonstra que atualmente cerca de 70% das viagens realizadas utilizam-se da estrutura viária apenas para atingir destinos situados fora do seu perímetro. A concepção do Boulevard JK considera, essencialmente, a segregação do trânsito de passagem que irá operar em regime de expresso (em vias rebaixadas com controle de acessos, dando continuidade ao eixo Norte / Centro/ Sul / Sudoeste). Permitindo a requalificação e a ampliação dos espaços reservados à circulação de pedestres e identificando-se com um partido que privilegia o paisagismo e oferece uma nova animação para as áreas de uso público, ao limitar a função viária exclusivamente para a coleta e distribuição do tráfego regional, sem prejuízo da acessibilidade aos lotes lindeiros.

6.2.6 Dos meios, recursos e contrapartidas da operação urbana consorciada Faria Lima

As Intervenções previstas na Operação Urbana Consorciada Faria Lima têm custo e prazo originalmente estimados de aproximadamente R\$715.000.000,00 e 15 anos, respectivamente.

Com a finalidade de custear tais Intervenções, o poder executivo municipal pode outorgar de forma onerosa, mediante entrega de CEPAC, para lotes

contidos no perímetro da Operação: (i) o potencial adicional de construção; (ii) a modificação dos usos e parâmetros urbanísticos; (iii) usos mistos; (iv) cessão de espaço público aéreo e/ou subterrâneo, anexação de remanescente desapropriação ou taxa de ocupação.

6.3 Viabilidade

E com a finalidade de demonstrar as vantagens de se investir na área da Operação Urbana Faria Lima com a aquisição de CEPAC serão efetuados estudos de viabilidade Econômica de empreendimentos, no âmbito dos subsetores que compõem o seu perímetro, sob a ótica do investidor imobiliário, através de modelos hipotéticos montados com base em situações paradigmas e em premissas estabelecidas que podem ser verificadas no Capítulo 5 do Laudo 15.669/07.

Esse estudo também possibilitará indicar qual uso (residencial ou não residencial) é mais vantajoso em cada subsetor, através da comparação das TIR (Taxa Interna de Retorno), entre eles e em comparação à taxa praticada pelo mercado, nas seguintes hipóteses de investimento:

- Hipótese I - empreendimento situado no interior do perímetro sem aderir à Operação Urbana Faria Lima, ou seja, projetado sobre terreno com área igual a paradigma e com área construída computável obtida através da aplicação do coeficiente de aproveitamento básico referente a cada zoneamento;
- Hipótese II - empreendimento situado no interior do perímetro aderido à Operação Urbana Faria Lima, ou seja, projetado sobre terreno com área igual a paradigma e com área construída computável obtida através da aplicação do coeficiente de aproveitamento máximo possibilitado pela operação;
- Hipótese III - empreendimento situado no interior do perímetro, sem aderir à Operação Urbana Faria Lima, com área construída computável igual a que seria obtida com a aplicação do coeficiente de aproveitamento máximo possibilitado pela operação, porém, através da utilização de terreno suplementares e do coeficiente de aproveitamento básico.

A Taxa Interna de Retorno – TIR (para medir o ganho proporcional periódico futuro) será obtida através do fluxo financeiro dos empreendimentos projetados para cada subsetor.

Outros indicadores de qualidade, relacionados com o investimento, que também serão obtidos através do fluxo financeiro dos empreendimentos são: exposição máxima (define o valor máximo do investimento) e *payback* (mensura o tempo de retorno do capital investido).

A composição do fluxo de cada empreendimento considera: o zoneamento de situação, a área de terreno, o valor unitário do terreno, o valor da contrapartida financeira, as despesas com aprovação e projetos, o custo da construção e seu cronograma físico financeiro, as despesas com marketing, a comissão do vendedor, o lucro do incorporador, os tributos (como premissa: Imposto de Renda e Contribuição Social) e a receita com a comercialização das unidades que considera, além do valor da unidade, a forma de pagamento, a velocidade de vendas e a valorização.

Cumprido esclarecer que os resultados obtidos são válidos para as premissas adotadas que foram fundamentadas em parâmetros médios e genéricos, alguns assumidos de forma constante com a finalidade de possibilitar a comparação entre as hipóteses. Caso os empreendedores alterem essas premissas os resultados sofrerão alteração para mais ou para menos.

De acordo com as premissas, para os cálculos e os fluxos financeiros que estão detalhados junto ao Capítulo 5 do laudo 15.669/07, as TIR's obtidas para os empreendimentos residenciais baseados em modelos hipotéticos são apresentadas no mapa abaixo, com a utilização de técnicas de georeferenciamento, para hipótese de adesão à Operação Urbana Consorciada Faria Lima.

Considerando todas as premissas adotadas na composição dos fluxos de

empreendimentos residenciais, a hipótese II de investimento (com adesão à Operação Urbana Faria Lima) é a que apresenta maior TIR em todos os subsetores e em todos os zoneamentos. Portanto, a melhor forma de investimento, de acordo com essas análises ocorre com a aquisição de CEPAC.

As TIR's de empreendimentos comerciais para a hipótese de adesão a Operação Urbana Consorciada Faria Lima (a seguir transcritas) também obtidas de acordo com o Capítulo 5 do laudo 15.669/07 e pautadas em modelos hipotéticos fundamentados na situação paradigma eleita podem ser observados no mapa abaixo, a seguir apresentado:

Comparando-se as TIR's obtidas, os empreendimentos de uso residencial demonstraram melhores resultados no Setor Faria Lima e Pinheiros. Já para empreendimentos de uso não-residencial, destacam-se as TIR's obtidas no Setor Pinheiros. De acordo com as premissas, para os cálculos e os fluxos financeiros que estão detalhados junto ao Capítulo 5 do laudo 15.669/07, quanto à Exposição de Capital, de acordo com as premissas assumidas nos modelos hipotéticos de estudo de viabilidade, as menores ocorrem, para empreendimentos residenciais e comerciais, na hipótese I de investimento que é a que apresenta um produto resultante com menor área construída e menos unidades em comparação às demais alternativas de investimento.

Comparando-se as hipóteses II e III, cujos produtos apresentam a mesma área construída computável, a exposição menor ocorre na hipótese II, tanto para empreendimentos residenciais quanto comerciais. Ou seja, para se obter um mesmo produto o investimento final será menor quando o empreendedor aderir à Operação Urbana Faria Lima e adquirir CEPAC. Dentre as alternativas de investimento de empreendimentos residenciais, os que requerem maior investimento são os situados no Setor Faria Lima. Os empreendimentos comerciais, que apresentam maior Taxa Interna de Retorno (TIR), são também os que requerem maior valor de investimento. Nesse contexto destacam-se os Setores Faria Lima e Olimpíadas, cujos produtos são de padrão superior ao dos demais setores. Os fluxos montados com base nas premissas, parâmetros e modelos assumidos e apresentados no Laudo 15.669/07 indicaram que o menor tempo de retorno do investimento nos empreendimentos residenciais pautados na hipótese II ocorre no Setor Faria Lima e o maior ocorre nos Setores Olimpíadas e Pinheiros. Da mesma forma, considerando os empreendimentos não-residenciais, o menor tempo de retorno do investimento ocorre no Setor Faria Lima e o maior ocorre no Setor Hélio Pellegrino.

Comparando-se as TIR's obtidas, os empreendimentos de uso residencial demonstraram melhores resultados no Setor Faria Lima e Pinheiros. Já para

empreendimentos de uso não-residencial, destacam-se as TIR's obtidas no Setor Pinheiros.

De acordo com as premissas, para os cálculos e os fluxos financeiros que estão detalhados junto ao Capítulo 5 do laudo 15.669/07, quanto á Exposição de Capital, de acordo com as premissas assumidas nos modelos hipotéticos de estudo de viabilidade, as menores ocorrem, para empreendimentos residenciais e comerciais, na hipótese I de investimento que é a que apresenta um produto resultante com menor área construída e menos unidades em comparação às demais alternativas de investimento.

Comparando-se as hipóteses II e III, cujos produtos apresentam a mesma área construída computável, a exposição menor ocorre na hipótese II, tanto para empreendimentos residenciais quanto comerciais. Ou seja, para se obter um mesmo produto o investimento final será menor quando o empreendedor aderir à Operação Urbana Faria Lima e adquirir CEPAC.

Dentre as alternativas de investimento de empreendimentos residenciais, os que requerem maior investimento são os situados no Setor Faria Lima.

Os empreendimentos comerciais, que apresentam maior Taxa Interna de Retorno (TIR), são também os que requerem maior valor de investimento. Nesse contexto destacam-se os Setores Faria Lima e Olimpíadas, cujos produtos são de padrão superior ao dos demais setores.

CONCLUSÃO

Este trabalho final tem por escopo dissertar a respeito do direito urbanístico previsto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e apresentar o tema das operações urbanas consorciadas quanto instrumento tributário previsto no Estatuto da Cidade.

As operações urbanas consorciadas têm provocado muito interesse e dúvidas. Sobrevém que a transformação urbanística que a lei determina que deva produzir melhorias sociais e valorização ambiental podem ser de várias naturezas como econômica (ampliação de possibilidades comerciais ou de prestação de serviços); social (para eliminar focos de pobreza e criminalidade); cultural (preservando patrimônio histórico ou paisagístico) e urbanístico (com

obras de infraestrutura para facilitar a circulação viária). Portanto, elas não são obrigatoriamente dirigidas a um programa de habitação.

Tão pouco a previsão legal especifica uma região ou aponta alguma característica que precisa ter para que seja objeto de uma operação urbana consorciada, dessa maneira todas as regiões da cidade podem potencialmente estar inseridas em uma operação urbana consorciada, pode ser uma área degradada ou uma que se queira valorizar. Então a escolha dessa área faz parte de um planejamento.

A outorga onerosa do direito de construir é tratada no art. 28, inciso 2º do Estatuto da Cidade e a sua determinação sobre a outorga onerosa de construir de que o plano diretor pode fixar coeficiente de aproveitamento basal para áreas urbanas da cidade.

Outro aspecto interessante da operação urbana consorciada é quanto ao seu financiamento. O instrumento se caracteriza por ser uma espécie de parceria público-privada que, em troca de alguns benefícios ao particular, o Poder Público recebe a proporcional contrapartida.

Essa contrapartida pode ser por conduta exigível (limpeza de fachadas, adoção de padrões de exploração), econômica (construção pelo particular de avenidas, escolas, habitação de interesse social etc.) ou financeira com a utilização do Certificado de Potencial Adicional de Construção, o Cepac.

Surge, então, o Cepac como uma solução criativa para os problemas encontrados no que se refere ao recebimento das contrapartidas econômicas. É um modo interessante para que o Poder Público possa obter recursos para a realização de obras na área de intervenções urbanas, valorizando ainda mais a cidade.

É verdadeira a crítica que nessa lógica apenas interessaria realizar operações urbanas em áreas de grande interesse imobiliário para que houvesse interesse para a compra do Cepac, mas este problema pode ser facilmente solucionável se a área da operação abranger regiões distintas, uma com grande potencial de valorização imobiliária e outra necessitando de investimentos públicos. Assim o que se receberia com o interesse na compra de certificados

para se construir a mais em uma região, seria usado na outra, carente de equipamentos urbanos, permitindo que esta também se valorizasse, e assim criando um currículo virtuoso.

Outro aspecto próprio da operação urbana consorciada é a de se caracterizar por surgir da concertação entre o Poder Público, a iniciativa privada e os municípios de determinada área para realização de intervenção urbanística. A concertação é elemento diferenciador da operação urbana consorciada da obra pública, uma vez que esta última não necessita de acordo ou participação da sociedade.

A descentralização do poder com a participação da sociedade é característica de uma sociedade politicamente desenvolvida, por isso deve ser valorizada e fomentada.

IPTU em São Paulo e a sua relação com a OUC Faria Lima

Propriedade, conforme registro do título translativo no Registro de Imóveis, entretanto, para questão de incidência do IPTU, não se deve atribuir ao sentido de propriedade uma interpretação literal, deve-se entender a propriedade como domínio útil, posse, o animus de ser proprietário, ou seja, aquele que detiver alguns dos poderes inerentes à propriedade.

Desta forma, tal consideração interessa e muito à região Faria Lima, tendo em vista que na localidade estão presentes inúmeros Office Buildings, empreendimentos em que mais de uma pessoa ostenta o animus de ser proprietário.

O que tanto interessa aqui, ademais, é a existência de serviços do segundo setor, empresas, restaurantes, cafés, bistrôs que inusitadamente estão em consonância com os serviços de primeiro setor à exemplo Fórum Regional de Pinheiros, Autarquias, agências nacionais, agências regulatórias incidentes na região. Nesta derradeira situação o proprietário é o Estado, diferentemente em se tratando de uma empresa o imóvel provavelmente consta presente em pessoa jurídica.

Existem, ainda, nesta zona limítrofe empresas de terceiro setor. Estão no terceiro setor as empresas que visam o lucro social, as Fundações e Associações

Sem Fins Lucrativos, são atividades que a prefeitura tem a função de realizar, entretanto por algum motivo não supre a demanda.

Nesta ordem, é interessante notar que a região é eminentemente dinâmica, ganhando importância com este viés da presença de todos os setores, primeiro, segundo e terceiro setor. É plausível uma breve conceituação a respeito das atividades contidas em cada um destes setores:

Primeiro setor

O primeiro setor, também conhecido como setor público, pode ser identificado como o Estado e daqueles que representam os brasileiros e agem em prol dos interesses públicos.

Como não tem fins lucrativos, o dinheiro que circula nesse setor é público e, conseqüentemente, deve ter fins públicos também!

Segundo setor

Já o terceiro setor, ao contrário do primeiro, corresponde à livre iniciativa, que gira em torno da lucratividade. Popularmente esse setor também é chamado como "mercado". Ele é constituído por empresas privadas, que competem entre si e trabalham visando o próprio lucro, que é obtido por meio de prestações econômicas, o que pode ser a comercialização tanto de produtos, quanto de serviços.

Geralmente os investimentos realizados no segundo setor são de origem privada, e se destinam à atividades também privadas.

Terceiro setor

No caso do terceiro setor, que é composto por instituições religiosas, entidades beneficentes, organizações compostas por voluntários, entre outros, há finalidade social/sem fins lucrativos e os objetivos respeitam o princípio da igualdade, sempre visando o bem-estar da população.

Vale ressaltar que, embora esse setor não seja nem privado e nem público, financeiramente ele conta com a participação de ambos os setores, ou

seja, pode receber valor em pecúnia tanto das empresas privadas, quanto do governo. Porém, o seu objetivo deve ser eminentemente social.

A progressividade do IPTU

A progressividade fiscal do IPTU é uma questão polêmica, imposto que muitos caracterizam como sendo de natureza real e, por tal razão, não deve ser submetido ao princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva, por sua vez, consiste em encontrar um ponto de equilíbrio entre o quanto cada um deve contribuir para suprir as necessidades do Estado. A forma como esse ônus tributário é dividido é uma questão pragmática, que deve obedecer a parâmetros adequados.

A sistemática do IPTU

O do IPTU, o **fato gerador**, é a propriedade, a posse ou o domínio útil de imóvel urbana. Estes conceitos – posse, propriedade e domínio útil estão dispostos no Código Civil. Sua hipótese jurídica é o fato de ser proprietário de bem imóvel urbano.

Propriedade, em outros termos, depende do registro do título translativo no Registro de Imóveis, entretanto, para questão de incidência do IPTU, não se deve atribuir ao sentido de propriedade uma interpretação literal, deve-se entender a propriedade como domínio útil, posse, o animus de ser proprietário, ou seja, aquele que detiver alguns do poderes inerentes à propriedade, e a possibilidade de vir a se tornar proprietário, poderá figurar no pólo passivo da obrigação tributária em foco, por ser este o fato que enseja a presunção de sua capacidade contributiva.

A norma infraconstitucional que dispõe a respeito é o CTN, que no art. 32 estabelece que o IPTU incide não apenas sobre a propriedade predial e territorial urbana, mas também sobre o domínio útil ou a posse do bem imóvel por natureza ou por acessão física, que estejam localizados na zona urbana do município.

A questão da delimitação do **aspecto material** (zona urbana e zona rural) da norma instituidora do IPTU deu e ainda dá margens a controvérsias por

parte da doutrina e da jurisprudência, tais como à competência legislativa para delimitar o que vem a ser zona urbana ou rural.

O **aspecto temporal** é o momento em que irromperá a obrigação tributária. É o legislador municipal quem deve estipular a data na qual considerar-se-à nascida a relação jurídico-tributária.

Se o espaço de tempo for o ano civil, então, a hipótese de incidência somente estará realizada ao término do último momento do dia 31 de dezembro. A regra jurídica tributária somente poderá incidir depois de realizada a hipótese de incidência, de modo que incidirá a regra jurídica tributária vigente no primeiro momento do dia 1º de janeiro do ano seguinte.

O **sujeito passivo** é o devedor, é o contribuinte da obrigação tributária, a pessoa que terá diminuído seu patrimônio com a arrecadação do tributo, ou seja, é aquele que tem capacidade tributária passiva. Será, portanto, o proprietário, o detentor do domínio útil ou da posse.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, no critério quantitativo reside a chave para a determinação do objeto prestacional, pois através dele se define qual o valor que o sujeito ativo pode exigir e qual o valor que o sujeito ativo pode pagar.

O **sujeito ativo** da relação tributária é aquele que tem competência para exigir o cumprimento da obrigação in concreto, é o credor da relação tributária, aquele que tem o direito subjetivo de arrecadar o tributo.

A **base de cálculo** *in abstracto* é a perspectiva dimensional do aspecto material à hipótese de incidência tributária, ou seja, ela serve para dar real proporção do fato imponible. A base de cálculo é que fornece o critério para determinação do quanto é devido. Preceitua o art. 33 do CTN que a base de cálculo do IPTU será o valor venal do imóvel, ou seja, o valor que o bem alcançaria caso fosse posto à venda. Essa é a base de cálculo in concreto.

É concernente afirmar que os impostos proporcionais invariáveis não respeitam os princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Assim, busca-se através da progressividade das alíquotas atender ao princípio da

capacidade contributiva. Daí falar-se em progressividade fiscal. E a **base de incidência** que é a propriedade urbana.

E as **alíquotas** estão previstas no artigo 156, I da Constituição Federal (na redação da EC 29/00). O IPTU é considerado, então, progressivo em razão do valor do imóvel, tem alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel e a competência municipal para instituí-lo.

Desta maneira, em conformidade com o estudo desta remodelação tanto urbanística, quanto tributária vê-se aqui que este é um instituto abstruso e que é esta abstrusidade e não exatamente a inovação, que suscita tantas ambiguidades.

Recurso Extraordinário nº 586.693/SP

A EC nº 29/2000 surge legítima, através de uma perspectiva constitucional, pois viabiliza a existência de alíquotas diversas, considerando imóveis residenciais e comerciais.

Conforme relatório do recurso extraordinário [6]586.693 de São Paulo, o Senhor Ministro Marco Aurélio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento a recurso de apelação.

Nesta oportunidade diz sobre a incompatibilidade da Lei nº 13.250/2001 em relação à Carta Federal, na redação posterior à Emenda nº 29 em que instituiu critério de progressividade das alíquotas do Imposto sobre a propriedade predial e Territorial Urbana.

Trata-se, então, de recurso com base em lei municipal 13.250/01 em que ocorre insurgência contra a progressividade do IPTU, prevista na EC nº 29/0000. De acordo com a lei, ocorre expressa violação aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e aos objetivos da Justiça/perseguidos pelo Estado.

Em razão disto, algumas cláusulas pétreas não podem ser extintas mediante Emenda à Constituição, por pertencerem ao núcleo intangível e fora do alcance normativo do Poder Constituinte Derivado conforme relatório

Possível concluir, que a incidência do IPTU se dá sobre a propriedade, posse e domínio útil, de bem imóvel localizado em zona urbana. O direito tributário não define nem conceitua cada um destes institutos. Contudo, o Sistema Tributário Nacional é categórico no sentido de que os conceitos e definições deverão ser importados de outros ramos do direito brasileiro.

A priori, caberia assentar a nulidade do pronunciamento do órgão fracionado no que veio a declarar a inconstitucionalidade da Emenda nº 29/2000, olvidando, com isso, o verbete vinculante nº 10 da Súmula do Supremo com a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva do plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Não obstante, o tributo passou a ser regido de acordo com a destinação do imóvel – se residencial ou não, variando sob tal ângulo as alíquotas de 1% a 1,5%. Com relação ao valor venal do imóvel, o legislador lançou mão dos critérios de desconto ao acréscimo, conforme o patamar existente.

Sob esse ângulo, incorre substrato para concluir que a criação de regime de progressividade em determinado tributo, seja ele pessoal ou real, entre em choque com o núcleo essencial dos direitos e garantias individuais dos contribuintes. Muito pelo contrário, a progressividade pelo valor venal do imóvel, em impostos reais é sim um critério razoável de auferir manifestação patrimonial.

Desta maneira, conforme vislumbrou-se previamente em relação ao IPTU será fixada a sua alíquota que repercutirá expressivamente no montante da arrecadação tributária, porquanto continuamente servirá como instrumento de promoção do adequado nível de ocupação do solo e adensamento populacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Adilson Abreu. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)

ALVIM, José Manuel de Arruda. Estatuto da Cidade. Revista dos Tribunais.

DI PIETRO, Direito administrativo. Jurídico Atlas

ROUSSEAU, Jean Jacques. Os Pensadores, Abril cultural.

ABRAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

MONTANDON, Daniel Todmann; Souza, Felipe Francisco de. Land Readjustment e operações urbanas consorciadas. São Paulo: Romano Guerra, 2007.

MELLO, Celso Antônio; Curso de direito administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ULEN, Robert Cooter. Law Economics, 3 rd. Edition.

DI PIETRO, Concessão de uso especial para fins de moradia. Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal 10. 257/2001.

STJ, Recurso Especial nº 302.906/SP.

STF, Recurso Extraordinário nº 586.693/SP.

HARARI, Yuval, Sapiens

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da Cidade e a sua função social da propriedade.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Estatuto da Cidade comentado. São Paulo: Juarez de Oliveira, Lei 10.257/2001.

NOTAS:

HARARI, Yuval, Sapiens

[2] René David, Traité élémentaire du Droit

[3] Marc Ancel, Utilidade e métodos do Direito Comparado

[4] DALLARI, Adilson Abreu. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)

[5] ALVIM, José Manuel de Arruda. Estatuto da Cidade. Revista dos Tribunais.

[6] Superior Tribunal Federal STF – Recurso Extraordinário: RE nº 586.693/SP.

A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

ANNE CAROLINNE TAVARES PEREIRA DE

ALENCAR: Advogada, Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Ceará. Mestranda em Gestão e Políticas Públicas pelo Instituto Superior de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Lisboa (ISCSP-ULisboa). Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

RESUMO: O estudo destaca a pertinência do controle judicial das políticas públicas como instituto que garante o acesso aos direitos fundamentais sociais, nomeadamente, os que asseguram o mínimo existencial que permite concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. A judicialização da política é um fenómeno contemporâneo que apresenta posicionamentos divergentes, principalmente sob as óticas do Estado prestador e do juiz garantidor. Todavia, essa judicialização muitas vezes torna-se o único instrumento eficaz para a efetivação dos direitos sociais, individuais e coletivos. O presente trabalho apresenta uma breve explanação acerca dos argumentos justificadores da interferência do aparelho judiciário na implementação das políticas públicas, promovendo o debate sobre o tema e contra-argumentando face às teses usualmente utilizadas pelo Estado para refutar o ativismo judicial.

Palavras-chave: Políticas públicas; Direito Constitucional; mínimo existencial; reserva do possível; judicialização.

ABSTRACT: The study emphasizes the pertinence of judicial cooperation in public policies as an institute guaranteeing access to fundamental social rights, especially those that ensure the existential minimum able to realize the principle of human dignity. The judicialization of politics is a contemporary phenomenon that presents divergent positions, mainly under the optics of the providing State and the guarantor judge. However, this judicialization often becomes the only effective instrument for the realization of social, individual and collective rights. This paper presents a brief explanation about the

justificatory arguments of the judicial intervention in the implementation of public policies, promoting the debate on the subject and counter-arguing the theses usually used by the State to refute judicial activism.

Keywords: Public policy; Constitutional right; minimum existential; reservation for contingencies; judicialization.

SUMÁRIO: 1.Introdução – 2. Direitos Fundamentais Sociais e o mínimo – 3. O papel das políticas públicas como garantidoras do mínimo existencial do indivíduo - 4. Teoria da Reserva do Possível – 5. Judicialização das Políticas Públicas – 6. Considerações Finais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

Os direitos humanos vivem em constante evolução desde o estabelecimento dos direitos da liberdade, estes surgidos com as revoluções liberais e a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito, mais precisamente com o advento da Constituição Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da França. Esse momento foi entendido como a 1ª geração dos direitos humanos, cuja característica básica é o fato de servirem como limitadores negativos à atuação do Estado, que não poderia intervir nas liberdades pessoais.

Mais à frente, os direitos humanos evoluíram para o que se entende por sua 2ª geração. O período vivido é agora o de transformação do Estado Liberal para o Estado Social, em que se reclama a necessidade do Estado intervir no domínio econômico e praticar uma política distributiva de determinados serviços sociais, como a saúde e a educação, com o objetivo de promover a igualdade entre os assistidos. O Estado passa a assumir, então, o papel de prestador de direitos positivos, intitulados agora como direitos fundamentais.

Nesse âmbito, ou seja, analisando os limites formais e materiais do papel do Estado como implementador de políticas públicas de caráter social, bem como as nuances da judicialização desses direitos em caso de omissão estatal justificada, sobretudo, pelas suas impossibilidades orçamentárias, é feita a seguinte pergunta: quais os limites à legitimidade do Poder Judiciário para

figurar como agente implementador de políticas públicas em face da omissão do Estado Prestador de direitos sociais?

O tema é de importante relevância quando se considera que os poderes estatais devem ser separados e harmônicos entre si. Ocorre que desenho e a implementação das políticas sociais são de responsabilidade primária do Poder Executivo, que os executa de acordo com seu planejamento orçamental, pelo que importa averiguar até onde se justifica a judicialização dos direitos fundamentais sociais sob essa ótica. É importante desenvolver e ponderar a tese da reserva do possível, confrontada com a garantia do mínimo existencial do indivíduo.

Para o desenvolvimento da pesquisa, lançaremos mão de recursos bibliográficos, através da consulta realizada em livros, artigos, periódicos etc., bem como, mediante pesquisa documental empreendida à jurisprudência dos Tribunais brasileiros, e de doutrinas reconhecidas internacionalmente e sítios de internet, visando conferir e analisar os critérios utilizados pelos pensadores, legisladores, gestores e julgadores acerca do tema.

2. Direitos Fundamentais Sociais e o mínimo existencial

Os direitos fundamentais do homem tiveram a sua evolução geracional notadamente em três grandes fases: a primeira, com o advento das liberdades individuais como forma de limitar o poder estatal e com a afirmação dos poderes políticos, tendo como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder; a segunda, após o fim da primeira guerra mundial, com o surgimento direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências da comunidade, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, mas material, o que passou a exigir do Estado uma função prestacional positiva; e, por fim, a terceira geração, que se entende pelos chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Fala-se, ainda, de direitos fundamentais de quarta geração, que são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os direitos sociais manifestaram-se como condições de implementação da justiça social, e constituem um verdadeiro credenciamento ao indivíduo para exigir do Estado uma postura ativa,

no sentido de colocar à disposição daqueles credores prestações de natureza formal ou material que lhes permita proporcionar melhores condições de vida, de maneira equitativa. Baseiam-se, portanto, no princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, os direitos sociais são definidos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como sendo os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (Brasil, 1988).

A título de exemplo e de comparação, a Constituição Portuguesa, por sua vez, define como direitos e deveres sociais os previstos nos arts. 63 a 72, enumerados como: direito à segurança social e solidariedade, à saúde, à habitação e urbanismo, ao ambiente e à qualidade de vida, e direitos de proteção à família, à paternidade e maternidade, e proteção à infância, juventude, terceira idade e aos cidadãos portadores de deficiência (Portugal, 1976).

Dentro desse tema, acrescenta-se a existência do princípio da proibição do retrocesso social, que vem adjudicar aos direitos fundamentais, especialmente aos direitos tidos como sociais, constância nas garantias dispostas na Carta Política. Para que haja concretização desses direitos, o Estado deve agir de forma a não barrar o avanço na aquisição pretérita das garantias constitucionais, possibilitando, assim, que a sociedade avance sempre no sentido de assegurar aos indivíduos o acesso ao que já fora disponibilizado anteriormente, evitando, assim, a supressão dos direitos individuais fundamentais.

Dentre todos os direitos sociais costuma-se apontar um grupo menor e mais específico, fundado na dignidade da pessoa humana, composto pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida digna, o que a doutrina denomina de mínimo existencial. Podem ser apontados como integrantes desse grupo os "direitos à saúde, à educação, à assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à justiça" (CUNHA JR. & NOVELINO, 2015: 150).

A Teoria do Mínimo Existencial trata a dignidade da pessoa humana como parâmetro para conferir efetividade às normas da Lei Fundamental. Tem como origem a Constituição Alemã de 1919 – Constituição de Weimar – que no seu art. 151 contextualizou que a vida

económica do país teria como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade. (SARLET, 2015).

Mais tarde, o mínimo existencial pôde ser valorado através da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (ONU, 1948):

Art. 25. 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 noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Sem a prestação do mínimo existencial, não há como se vislumbrar a igualdade social. Com mais importância entre os demais direitos sociais fundamentais, os direitos que compõem o grupo do mínimo existencial reclamam o desenho e a implementação de políticas públicas. Estas, por sua vez, necessitam de recursos para serem concretizadas, sendo o papel do Estado encontrar um equilíbrio entre o poder de arrecadação e o dever de prestação, de modo a atender as necessidades coletivas. O mínimo existencial, além de direito fundamental do indivíduo, configura-se como um verdadeiro dever do Estado.

3. O papel das políticas públicas como garantidoras do mínimo existencial do indivíduo

Objetivando exercer seu papel de promotor dos direitos prestacionais, o Estado desenvolve suas políticas sociais, definidas como uma série de políticas públicas planejadas e desenhadas com a finalidade de se alcançar as suas finalidades sociais, ou seja, o bem-estar da sociedade.

É nesse enquadramento que Joaquim Croca Caeiro define as políticas públicas como “o conjunto de actuações do Estado no sentido da prossecução dos objectivos sociais para os indivíduos que pertencem a uma dada sociedade” (2015a: 21). E continua o autor: “quanto às políticas públicas, constituem elas uma forma de intervenção do Estado

na sociedade para de uma forma mais ou menos pronunciada, solucionar a ineficiência do mercado” (2015b: 55).

Em outras palavras, consistem as políticas públicas em ações, metas e planos que gestores governamentais, muitas vezes em conjunto com outros atores da iniciativa privada, traçam com o objetivo de atender a demanda da sociedade, tudo com o objetivo de atingir o bem-estar social. Ocorre que os governos buscam atender a determinados grupos sociais de acordo com a hierarquia das prioridades das suas solicitações, tendo em consideração, sobretudo, a limitação orçamental, o que pode acabar gerando um conflito de interesses dentro da sociedade.

A concretização dos direitos sociais nem sempre ocorre de forma efetiva, sobretudo em virtude da falta de planejamento estatal em propor soluções eficazes para atender às demandas da sociedade. Mesmo com a maioria dos direitos incorporados nas Cartas constitucionais, o que mais se vê como exemplo em diversos países é a falta ou ineficiência de atendimento à saúde, à educação de qualidade, à moradia etc, o que gera a exclusão social de uma parcela considerável da população.

Sobre o Brasil, especificamente, citemos como ilustração alguns dados oficiais do ano de 2014, obtidos do sítio da internet da Unicef – Fundo das Nações Unidas para a infância. O país tem uma população de mais de duzentos milhões de pessoas, dentre as quais quase sessenta milhões são crianças e adolescentes. Ainda é uma das nações mais desiguais do mundo em termos de distribuição de riqueza entre as classes. No país ainda se enfrenta uma crise educacional, com mais de três milhões de crianças fora da escola, na sua grande maioria todas pobres, negras, indígenas e quilombolas. Mais de um milhão e meio de crianças e adolescentes até quinze anos trabalham para contribuir com a renda familiar. E conclui a matéria (UNICEF, 2014):

O Brasil tem uma das legislações mais avançadas do mundo no que diz respeito à proteção da infância e da adolescência. No entanto, é necessário adotar políticas públicas capazes de combater e superar as desigualdades geográficas, sociais e étnicas do País e celebrar a riqueza de sua diversidade.

A situação de pobreza em Portugal e na União Europeia também é preocupante. Segundo os indicadores exemplificados no sítio de internet da *European Anti Poverty Network* (Rede Europeia Anti-Pobreza), "em 2013, 24.5% da população europeia (aproximadamente 122.6 milhões de pessoas na EU28) era considerada como estando em risco de pobreza e/ou exclusão social (...). O valor registado para Portugal era de 27.5%". (EAPN, 2015).

As políticas públicas de carácter social devem ter como objetivo, principalmente, a garantia do acesso do indivíduo ao mínimo existencial, seja abrangendo o carácter alimentar, seja possibilitando condições viáveis de educação e de trabalho, ou oferecendo serviços eficazes à saúde e viabilizando uma moradia digna, tudo de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A efetividade do mínimo existencial tem uma importância fundamental em sua dimensão prestacional, pois é por meio de políticas públicas de distribuição de renda e serviços que se pretende promover a justiça social.

4. Teoria da Reserva do Possível

E é no contexto da garantia ao mínimo existencial que se estuda a existência ou não da limitação material orçamental como obstáculo ao gozo dos direitos sociais mínimos, compreendida como teoria da reserva do possível.

A reserva do possível consiste em um argumento jurídico surgido na Alemanha segundo o qual, em uma circunstância de escassez, o Estado não tem a obrigação de fornecer o impossível, o inexistente ou o indisponível. O princípio tem duas vertentes: a formal, que vem junto com a ideia de falta de capacidade para gerir os recursos e, a material, que é diretamente ligada à escassez orçamental. Essa última ótica é a normalmente adotada pelo Estado para justificar a sua omissão em estabelecer prestações positivas aos indivíduos através da implementação de políticas públicas sociais.

A ideia central de tal princípio é a destinação de todo o possível para atender os direitos fundamentais do indivíduo, até o seu esgotamento, no entanto, com intuito de evitar que se coloque em risco o orçamento público. Não se trata, portanto, da negativa do Estado em cumprir

os direitos, ou negar direitos aos cidadãos, mas, sim, de limitar o que não há condições de atender. (SILVA & VITA, 2014).

O grande problema surge quando a sociedade procura uma prestação advinda do mínimo existencial e o Estado se utiliza da reserva do possível para se eximir de tal obrigação. Nesses casos, o mais coerente seria a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como critério de aferição da urgência da garantia aos direitos fundamentais reclamados. Nessa ponderação de valores, pretende-se resguardar o equilíbrio entre a necessidade do indivíduo e a limitação material do Estado, de forma a não se promover o retrocesso social.

Numa análise processual, é necessário que o julgador se valha da utilização do princípio da proporcionalidade para coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, de forma a evitar a supressão de um bem de maior relevância em relação a outro bem de menor relevância, ainda que seja mais urgente. Trata-se, portanto, de "critério de aferição da validade e das limitações aos direitos fundamentais". (SILVA & VITA, 2014).

5. Judicialização das Políticas Públicas

A questão que se propõe discutir e elucidar diz respeito à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de certas políticas públicas. Duvida-se, principalmente, da legitimidade desse poder estatal, frente ao princípio da separação dos poderes, já que os atos de administração estatal pertencem, sobretudo, ao Poder Executivo. Além disso, tem de se analisar a capacidade e a competência do juiz para intervir diretamente em questões que envolvem ônus ao orçamento público. Em contrapartida a tais aspectos, indaga-se como ficaria assegurado o acesso aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos em caso de omissão estatal? A resposta certamente não seria outra, a não ser o da possibilidade do indivíduo exercer efetivamente o direito também garantido constitucionalmente de acesso à justiça.

Robert Alexy cita como referência, na Alemanha, para o início da judicialização dos direitos sociais três decisões simbólicas sobre o tema, "a decisão acerca da assistência social, de 1951; a primeira decisão

sobre *numerus clausus*, e a decisão da Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado na Baixa Saxônia” (2011a: 436).

No primeiro exemplo, o tribunal alemão acaba por reconhecer que o indivíduo tem garantido constitucionalmente o direito à assistência estatal, todavia ressalta que caso o legislador se abstenha arbitrariamente de realizar tal tarefa, daí poderia surgir para o indivíduo uma pretensão a ser ajuizada a título de reclamação constitucional. Surge, neste caso, uma breve noção do que se entende hoje por mínimo existencial. Já o segundo marco trata sobre a decisão da recusa do pedido de estudantes que não foram aceites nos cursos de medicina em universidades alemãs em razão da limitação de vagas. O fundamento para a negativa foi de que não seria razoável esperar do Estado o oferecimento de vagas ilimitadas, tendo em vista que não se pode exigir desse Ente Público nada além dos limites da possibilidade e razoabilidade. Nasce, então, o princípio da reserva do possível. O terceiro exemplo citado por Alexy diz respeito ao direito a medidas estatais de caráter organizacional. Explica que “é um direito à criação de determinadas normas jurídicas. Com isso surge um novo aspecto no círculo dos direitos a prestações: o direito a prestações normativas” (2011b:440)

Sobre a controvérsia do tema, a primeira análise diz respeito à separação dos poderes estatais. O Brasil, por exemplo, é organizado sob um modelo que se fundamenta na separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, todos independentes e harmônicos entre si. A Constituição portuguesa, por sua vez, enumera como órgãos de soberania, separados e interdependentes, o Presidente da República (chefe de Estado que, dentre outras funções, fiscaliza as atividades de governo), a Assembleia da República (com função legislativa), o Governo (função executiva) e os Tribunais (função judicial). Ambas as repúblicas, portanto, baseiam-se no modelo de separação de poderes idealizada por Montesquieu.

Partindo da teoria da separação e independência entre os poderes estatais, é que o Estado baseia seu entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário a interferência direta na implementação de política pública, ainda que de caráter social. Todavia, pelo menos no Brasil, essa

justificativa não vem sendo aceita, notadamente quando se trata de julgamentos que envolvam direitos fundamentais sociais.

É bem verdade que seria um retrocesso se cogitar que o princípio da separação dos poderes pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais. Ingrid Queiroz Dias acrescenta o seguinte (DIAS, 2009):

Nesse sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizar-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Fora desse contexto, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade à qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo, com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção para restaurar a ordem jurídica violada.

Em seguida, temos de questionar sobre os limites do controle em si dos atos da administração pela justiça. De um modo geral, o entendimento majoritário é de que o julgador, ainda que possa adentrar à análise da discricionariedade dos atos da administração, não poderia interferir diretamente no mérito administrativo, ou seja, estaria impedido de decidir acerca dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração.

Ocorre que no caso de averiguação das políticas públicas, há de se lembrar que em um Estado Democrático e Constitucional de Direito tem como pilares a dignidade da pessoa humana e a garantia aos direitos fundamentais, tudo fomentado em uma Carta Constitucional suprema, que há de ser seguida por todos, inclusive pelos poderes estatais. E é nessa ótica que se aceita o controle judicial de políticas públicas que

assegurem o acesso do indivíduo aos seus direitos fundamentais. É o que se pode conceituar por ativismo judicial (DIAS, 2009):

Com base no ativismo judicial, é possível uma atuação mais ampla do judiciário, cabendo ainda alguma interferência no campo de atuação dos demais Poderes. Ele visa a tornar possível não só o controle de atuação dos Poderes adjacentes, como também uma maior concretização e efetiva implementação de valores e preceitos constitucionais. Tal atuação busca possibilitar o alcance máximo das potencialidades constantes do texto constitucional, sem permitir, entretanto, que o postulado de criação livre atinente ao Direito tenha seus limites invadidos.

É bem fácil constatar que os poderes legislativo e executivo muitas vezes são omissos em atender os mandamentos constitucionais assistenciais, seja por ineficiência da máquina pública, seja por ausência de leis ou por inexistência de políticas públicas. Nesses casos, o judiciário tem total legitimidade para agir, desde que seja provocado.

Quando se fala em ativismo judicial, portanto, não se está a autorizar que o judiciário faça as vezes de legislador, porque tal função não lhe compete. O que deve se ter em mente é que o julgador pode e deve garantir aos cidadãos a efetividade dos direitos básicos que lhes são ofertados constitucionalmente para a garantia do mínimo existencial. Saliente-se que esse é o entendimento adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, conforme decisão emblemática sobre o tema, na Arguição de Preceito Fundamental nº 45, cuja ementa serve de ilustração (STF, 2004):

EMENTA: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do

legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)

Por fim, quanto ao argumento de escassez de orçamento trazido pelo poder executivo como óbice à interferência judicial coercitiva nas políticas públicas, há que se considerar que para que o Estado justifique a falta de orçamento a ser empregado nas medidas prestacionais sociais, ele tem que comprovar sua incapacidade econômico-financeira de modo geral e abrangente, de modo que não se detecte que há orçamento para a implementação de outras atividades de governo supérfluas em detrimento das atividades de base, garantidoras do mínimo existencial. Ademais, como solução para essa questão, não se olvide que o julgador pode conceder um prazo razoável para que o Poder Público promova o cumprimento do texto constitucional sem que comprometa o orçamento de outros programas governamentais em execução.

Vê-se, então, que o problema orçamentário utilizado como defesa do Estado pode ser resolvido através de um ativismo judicial cauteloso, porém austero e comprometido com o cumprimento e a guarda da Constituição.

6. Considerações Finais

Os direitos sociais, enquanto extensão dos direitos humanos, têm caráter de direito fundamental e devem ter acesso assegurado a todos os indivíduos, ainda que se objetivando a garantia do mínimo existencial.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 afirma ser dever do Estado a satisfação de uma série de direitos sociais, muitos garantidores do mínimo existencial. Entretanto, para que se concretizem plenamente as prestações positivas por parte da Administração Pública nesse sentido, muitos obstáculos devem ser enfrentados, notadamente os de caráter financeiro. Mesmo diante da limitação orçamentária e da justificação da reserva do possível, é bem verdade que o Poder Judiciário tem procurado sanar as omissões estatais, no

sentido de garantir a implementação de certas políticas sociais prestacionais, sobretudo nos casos em que o pedido feito envolve situações em que está em risco o mínimo existencial.

Todas as esferas do Poder Público devem interagir de modo a cumprir os mandamentos constitucionais. E dentre todos os poderes, é da competência do Judiciário o controle jurisdicional dos atos da administração, seja para sanar ilegalidades, seja para ponderar a proporcionalidade e razoabilidade da matéria reclamada em juízo. E, mais do que tudo, é função precípua do judiciário zelar pela guarda e cumprimento do texto constitucional, incluindo aí a proteção dos direitos ali escritos contra quaisquer provocações externas, inclusive advindas de outros poderes do Estado.

Com o avanço da sociedade atual e a fixação dos direitos sociais fundamentais como espécies de direitos humanos, não há mais dúvidas acerca da possibilidade do judiciário interferir na atuação do poder político enquanto ator responsável pela coercibilidade da fixação e implementação de políticas públicas, quando cabível a sua participação.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim o de demonstrar a importância do tema escolhido, que merece constante reflexão.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. (2011). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (2ª ed.). São Paulo: Malheiros.

BARRETO, Rafael & GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). (2014). *Direitos Humanos*. (4ª ed.). Salvador: Juspodivm

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em 28 de maio de 2018, disponível em Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 23 de março de 2017.

CAEIRO, Joaquim Croca. (2015). *Estado Social, Políticas Públicas e Política Social*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. (2007). *Curso de Direito Constitucional*. (2ª ed.). Salvador: Juspodivm.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo & BONELLI, Renato Medrado (col.). (2015). *Constituição Federal para concursos*. (6ª ed.) Salvador: Juspodivm.

DIAS, Ingrid Queiroz. *Aspectos controvertidos sobre a atuação do judiciário nas políticas públicas, visando à garantia do mínimo existencial*. 2009. Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em . Acesso em: 22 de março de 2017.

European Anti Poverty Network (Rede Europeia Anti-Pobreza). *Indicadores sobre Pobreza: dados europeus e nacionais*. 2015. Disponível em: <<http://www.eapn.pt/documento/468/indicadores-sobre-pobreza-dados-europeus-e-nacionais>>. Acesso em: 22 de março de 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde*. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: [-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240](http://www.conteudojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240)>. Acesso 13 de fevereiro de 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, 2011. Disponível em: . Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 21 de março de 2017.

PORTUGAL. (1976). Constituição da República Portuguesa. Acesso em 12 de abril de 2017, disponível em Diário da república Eletrônico: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

Procuradoria Regional da República da 4ª Região. *O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Fundamentais Sociais*. (2006). Acesso em 22 de fevereiro de 2017, em http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais - O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2015. Disponível em:

< <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial?imprimir=1>>. Acesso em: 21 de março de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [. Acesso em: 13 fev. 2017.](#)

SILVA, Karina Zanin da & VITA, Jonathan Barros. *O Princípio da Reserva do Possível e o Direito Fundamental à Saúde*. 2014. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado. Maringá, n.1. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/issue/view/131>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

SILVA, Stefanie da Costa & TOLFO, Andreia Cadore. *A Judicialização do Direito à Saúde e a Relação entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial*. Anais da Semana Acadêmica Fadisma Enrementes. Santa Maria, n. 12, 2015. Disponível em: < <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/a-judicializacao-do-direito-a-saude-e-a-relacao-entre-a-reserva-do-possivel-e-o-minimo-existencial-.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

UNICEF. *Infância e Adolescência no Brasil*. 2014. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/activities.html>>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

CLÁUSULA PENAL: INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL E REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

LARISSA COLANGELO MATOS VIDAL:
Advogada. Bacharel em Direito pela
Universidade de Fortaleza.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar, no âmbito da temática do inadimplemento obrigacional, o instituto da cláusula penal, abordando seu conceito, natureza jurídica, função, bem como sua relação com o princípio da gravitação jurídica. Traçam-se ainda os seus reflexos na responsabilidade civil contratual, perpassando pelas temáticas da cumulação da cláusula penal com perdas e danos, bem como da possibilidade de redução dessa cláusula de ofício pelo juiz e de sua estipulação em contrato de prestação de serviços advocatícios.

Palavras-chave: Inadimplemento Obrigacional. Cláusula Penal. Responsabilidade Civil. Conceito. Natureza Jurídica. Função. Gravitação Jurídica. Cumulação. Perdas e Danos. Redução. Serviços Advocatícios

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO. 2.1 Conceito. 2.2 Natureza Jurídica. 2.2.1 Relação com o Princípio da Gravitação Jurídica. 2.3 Função. 3. CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS. 4. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA CLÁUSULA PENAL PELO JUIZ. 5. ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Aprioristicamente, cumpre registrar que o tema do Direito das Obrigações possui extrema relevância, dado que consubstancia a exteriorização da vontade privada dentro de uma relação jurídica na qual o devedor compromete-se a uma prestação positiva ou negativa perante o credor.

Nessa temática é que se insere o inadimplemento, matéria de grande relevância para a teoria geral das obrigações, sendo comum afirmar que o maior interesse jurídico que se tem quanto à obrigação surge justamente nos

casos em que ela não é satisfeita. Assim sendo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, em inexecução ou descumprimento, surgindo a responsabilidade civil contratual, baseada nos arts. 389 a 391 do CC1.

Em não havendo adimplemento da obrigação, o sistema civilista positivou medidas sancionatórias ao devedor, no intuito de compeli-lo a cumprir com a obrigação pactuada. Uma delas é justamente a cláusula penal, também chamada de multa contratual ou pena convencional.

2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO

2.1 Conceito

Consoante doutrina de Flávio Tartuce, a cláusula penal pode ser conceituada como sendo a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido. Em face de sua previsão no Código Civil, sua concepção está relacionada e é estudada como tema condizente ao inadimplemento obrigacional, entre os arts. 408 a 416.^[1]

Com efeito, a cláusula penal é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada multa contratual ou pena convencional.

2.2. Natureza Jurídica

Cuida-se de uma cláusula do contrato ou um contrato acessório ao principal, onde se estipula, previamente, o valor da indenização que deverá ser paga pela parte contratante que não cumprir de forma culposa a obrigação.

Nesse sentido, é a doutrina de Maria Helena Diniz:

“Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir ou fizer tardia

ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual”.^[2]

Assim, a cláusula penal, também chamada de pena convencional, como ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery “é o pacto acessório à obrigação principal, no qual se estipula a obrigação de pagar pena ou multa, para o caso de uma das partes se furtar ao cumprimento da obrigação”.^[3]

Portanto, como visto, a natureza jurídica da cláusula penal é de obrigação acessória.

2.2.1 Relação com o Princípio da Gravitação Jurídica

Por se tratar de uma obrigação acessória, que exsurge aqui o princípio pelo qual a obrigação acessória deve seguir a principal, qual seja, o princípio da gravitação jurídica. Este acarreta em caso de nulidade do contrato principal, a nulidade da multa.

Ou seja, nos termos deste princípio geral do Direito Civil, o bem acessório segue o principal, salvo disposição especial em contrário. Logo, se o negócio jurídico do acessório segue o principal, se este último for nulo o primeiro também o será.

2.3 Função

Quanto às funções da cláusula penal, são elas duas: ressarcitória e coercitiva ou compulsória.

A função ressarcitória é aquela de funcionar como indenização para o credor no caso de inadimplemento culposos do devedor. Isto é, prefixação das perdas e danos no caso de inadimplemento absoluto da obrigação (caráter de estimação).

Por outro lado, a função coercitiva ou compulsória (meio de coerção) é a de intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (meio de coerção, com caráter punitivo).

Considera-se que este já sabe que, se for inadimplente, terá que pagar a multa convencional.

3. CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS

Desse contexto, extrai-se que são duas as espécies de cláusula penal, qual seja moratória e compensatória. Esta funciona como uma prefixação das perdas e danos. Por sua vez, aquela funciona como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação ou pelo inadimplemento de determinada cláusula.

A cláusula penal compensatória não é cumulativa, de sorte que a o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação principal ou apenas o valor da cláusula penal. Já a cláusula penal moratória é cumulativa, possibilitando ao credor exigir o cumprimento da obrigação principal, mais o valor da cláusula penal.

Feita essa análise inicial, indaga-se se em um contrato no qual foi estipulada uma cláusula penal, caso haja o inadimplemento, é possível que o credor exija o valor desta cláusula penal e mais as perdas e danos.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão proferida no julgamento do Recurso Especial 1.335.617-SP, ratificou entendimento no sentido de que a cláusula penal compensatória não pode ser cumulada com perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, diferente da cláusula penal moratória.

A cláusula penal moratória não é estipulada para compensar o inadimplemento nem para substituir o adimplemento. Desse modo, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil correlata que já deflui naturalmente do próprio sistema. Logo, não há óbice a que se exija a cláusula penal moratória juntamente ao valor referente aos danos emergentes e lucros cessantes (perdas e danos).

No caso de mora, existindo cláusula penal moratória, faculta-se ao credor requerer, cumulativamente: o cumprimento (tardio) da obrigação e/ou a multa contratualmente estipulada e ainda indenização correspondente às perdas e danos decorrentes da mora.

É o que dispõe o art. 411 do Código Civil, *in verbis*.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.[\[4\]](#)

Por outro lado, a finalidade da cláusula penal compensatória é recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Assim não é possível, cumulá-la com perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual, havendo uma faculdade disjuntiva. Veja o art. 410, do Código Civil, *in verbis*.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.[\[5\]](#)

Portanto, enquanto a cláusula penal moratória manifesta, com mais evidência, a característica de reforço do vínculo obrigacional, a cláusula penal compensatória prevê indenização que serve não apenas como punição pelo inadimplemento, mas também como prefixação de perdas e danos.

Desta feita, se as partes já acordaram previamente o valor que entendem suficiente para recompor os prejuízos experimentados em caso de inadimplemento, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja acrescido outro, com fundamento na mesma justificativa – a recomposição de prejuízos.

4. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA CLÁUSULA PENAL PELO JUIZ

No tocante à temática da redução de ofício da cláusula penal pelo juiz, nos termos do art. 413 do Código Civil, Flávio Tartuce[\[6\]](#) elucida:

“Mantendo relação direta com o princípio da função social do contrato e das obrigações, dispõe o art. 413 do atual Código Civil que: ‘A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver

sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio’.

Controlando os limites da cláusula penal, deve-se concluir que se trata de norma de ordem pública, cabendo a decisão de redução ex officio pelo magistrado, independentemente de arguição pela parte (Enunciado n. 356 CJF/STJ). Além disso, não cabe a sua exclusão por força de pacto ou contrato, uma vez que a autonomia privada encontra limitações nas normas cogentes de ordem pública. Assim, vale a dicção do Enunciado n. 355 CJF/STJ: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

A norma tem relação direta com o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC) [...]. Tal premissa ampara a conclusão segundo a qual se trata de norma de ordem pública, inafastável por convenção das partes ou pelo juiz.

Na mesma linha, concluiu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que ‘a redução da cláusula penal preserva a função social do contrato na medida em que afasta o desequilíbrio contratual e seu uso como instrumento de enriquecimento sem causa’.^[7]

Desse modo, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, deve o juiz reduzir equitativamente a penalidade, de ofício, independentemente de arguição pela parte, por se tratar de norma de ordem pública que privilegia o princípio da função social do contrato.

5. ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

No que tange à possibilidade de estipulação de cláusula penal em contrato de prestação de serviços advocatícios, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, que não é possível a estipulação de multa no contrato de honorários para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato do advogado, independentemente de motivação, respeitado o direito de recebimento dos honorários proporcionais ao serviço prestado.^[8]

Com efeito, a relação entre advogado e cliente é pautada pela confiança, fidúcia, sendo um contrato personalíssimo (*intuitu personae*) em que a qualidade profissional pessoal das partes é inerente ao contrato, de modo que, não mais havendo essa confiança, poderá haver a revogação do contrato de mandato, sem qualquer incidência de multa por esse fato.

Diante disso, o Código de Processo Civil, ao tratar sobre a revogação e renúncia de mandato, não exige motivação para este ato. Confira-se:

Art. 111. A parte que revogar o mandato outorgado a seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assuma o patrocínio da causa. Parágrafo único. Não sendo constituído novo procurador no prazo de 15 (quinze) dias, observar-se-á o disposto no art. 76.

Art. 112. O advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor.

§ 1º Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo

§ 2º Dispensa-se a comunicação referida no caput quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia.^[9]

Desta feita, trata-se de direito potestativo do advogado em renunciar ao mandato e, ao mesmo tempo, do cliente em revogá-lo, sendo anverso e

reverso da mesma moeda, do qual não pode se opor nem mandante, nem mandatário.

Do mesmo modo que é permitido ao advogado, a qualquer momento e sem necessidade de declinar as razões, renunciar ao mandato que lhe foi conferido pela parte, também é da essência do mandato a liberdade que o cliente possui de revogar o patrocínio que havia sido outorgado ao advogado.

Nessa esteira de pensamento, tendo em conta a natureza do contrato celebrado entre cliente e advogado, só é permitida cláusula penal no contrato de prestação de serviços advocatícios para as situações de mora e/ou inadimplemento. Por outro lado, não se mostra possível a estipulação de multa para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato, independentemente de motivação.

É cediço que é da essência da relação advogado/cliente a potestade de revogar ou renunciar mandato, inclusive tacitamente, como acontece nas hipóteses em que o outorgante confere novo instrumento de procuração a outro advogado. Informativo 593-STJ (09 a 24/11/2016)

Desta feita, com a perda da fidúcia (confiança), não é razoável exigir que a parte permaneça vinculada ao advogado pelo temor de ser obrigado a pagar a multa. A cláusula penal deverá ficar restrita aos casos de mora ou de inadimplemento.

No entanto, vale salientar que, apesar de o advogado não poder exigir multa pelo fato de o contratante ter revogado o mandato, ele poderá cobrar do ex-cliente o valor dos honorários advocatícios na proporção dos serviços que já foram prestados. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

(...) Conforme a pacífica jurisprudência do STJ, o rompimento antecipado do contrato autoriza a cobrança da verba honorária, devida na proporção em que prestados os serviços advocatícios. (...) [10]

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que a cláusula penal, penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido, possui natureza jurídica de obrigação acessória, sendo uma cláusula do contrato ou um contrato acessório ao principal.

Nesse contexto, por se tratar de uma obrigação acessória, que exsurge o princípio pelo qual a obrigação acessória deve seguir a principal, qual seja, o princípio da gravitação jurídica, fazendo com que no caso de nulidade do contrato principal a multa também seja declarada nula.

Quanto às suas funções, como visto, possui a cláusula penal função ressarcitória e coercitiva ou compulsória. A função ressarcitória funciona como indenização para o credor no caso de inadimplemento culposos do devedor. Isto é, prefixação das perdas e danos no caso de inadimplemento absoluto da obrigação. Por outro lado, a função coercitiva ou compulsória é a de intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória.

Ademais, a cláusula penal compensatória não pode ser cumulada com perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, diferente da cláusula penal moratória.

Outrossim, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, deve o juiz reduzir equitativamente a penalidade, de ofício, independentemente de arguição pela parte, por se tratar de norma de ordem pública que privilegia o princípio da função social do contrato.

Por fim, conclui-se que só é permitida cláusula penal no contrato de prestação de serviços advocatícios para as situações de mora e/ou inadimplemento. Por outro lado, não se mostra possível a estipulação de multa para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato, independentemente de motivação.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 21ª edição. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª edição. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7ª edição. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

NOTAS:

[1] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2017, p. 487.

[2] DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 21ª edição. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 435.

[3] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 526.

[4] BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[5] BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[6] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2014. p.442-443.

[7] STJ, REsp 1.212.159/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012, publicado no Informativo n. 500.

[8] STJ, REsp 1.346.171-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.10.2016, publicado no Informativo n. 593.

[9] BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[10] STJ. 4ª Turma. AgRg no AREsp 118.143/PA, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/08/2012.

SUSPENSÃO DA CNH, APREENSÃO DO PASSAPORTE, CANCELAMENTO DO CARTÃO DE CRÉDITO DO DEVEDOR E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DANIEL ROBERTO HERTEL: graduado em Administração e em Direito pela Universidade Vila Velha, especializado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória e mestre em Garantias Constitucionais (Direito Processual) pela FDV - Faculdades Integradas de Vitória. É professor Adjunto de Direito Processual Civil e de Prática Jurídica Cível da Universidade Vila Velha - UVV e ex-professor da Fundação de Assistência e Educação (FAESA). É professor convidado de Direito Processual Civil de Cursos de Pós-Graduação em Direito, já tendo ministrado aulas na Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo. É autor de diversos artigos e livros na área jurídica, tendo participado da composição de Banca Examinadora de Concurso Público para ingresso na carreira de Promotor de Justiça na condição de examinador representante da OAB-ES. Foi advogado militante por dez anos e, atualmente, é Assessor para Assuntos Jurídicos no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Resumo: trata das medidas executivas atípicas, notadamente da possibilidade de suspensão da CNH, de apreensão do passaporte e de cancelamento do cartão de crédito do devedor.

Palavras-chave: execução - cumprimento de sentença - medidas atípicas - suspensão - CNH - passaporte - cartão de crédito.

Sumário: 1 INTRÓITO; 2 O DIREITO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO E A NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE LIMITES NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL EXECUTIVA; 3 SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO; 4

APREENSÃO DE PASSAPORTE; 5 CANCELAMENTO DO CARTÃO DE CRÉDITO; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 INTRÓITO

É a partir dos meios executivos que a execução autônoma e o módulo de cumprimento de sentença são capazes de produzir efeitos práticos. Os meios de execução representam, na verdade, a técnica processual pela qual a atividade executiva se afigura capaz de produzir resultados, podendo ser agrupados em dois grupos: os típicos e os atípicos.

Os meios de execução típicos são aqueles tradicionalmente utilizados no processo civil e consistem, de um lado, na sub-rogação, e de outro na coação (ou coerção). No primeiro, o Estado-Juiz se coloca no lugar do devedor e cumpre a obrigação, enquanto no segundo, constrange o próprio executado a cumpri-la. Exemplo de sub-rogação ocorre quando é determinada a penhora de um bem do devedor com a respectiva alienação judicial; e de coação ou coerção, quando é fixada multa (*astreintes*) para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação.

O novo Código de Processo Civil amplia as possibilidades no cenário processual executivo^[1] ao contemplar no art. 139, inc. IV, o princípio da atipicidade dos meios executivos, prevendo que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Com isso, o Juiz passa a ter a possibilidade de determinar medidas não contempladas na lei, valendo-se do seu prudente arbítrio, a partir de um modelo flexível, de modo a compelir o devedor ao cumprimento das obrigações^[2].

2 O DIREITO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO E A NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE LIMITES NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL EXECUTIVA

O credor tem o direito de ver o seu crédito satisfeito, valendo mencionar que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Estado, desde longa data, avocou para si o monopólio da atividade jurisdicional e, por tal

motivo, não pode negar-se a prestar tal atividade ou mesmo prestá-la de modo defeituoso ou incompleto. O jurisdicionado tem direito à satisfação do seu crédito, devendo isso ser feito em tempo razoável.

Por sinal, o Código de Processo Civil prevê no art. 4º que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, estabelecendo ainda no art. 824 que “A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais”.

Há, contudo, limites ao exercício da atividade jurisdicional executiva. Se por um lado, o credor tem direito à completa satisfação do seu crédito, de outro não se pode olvidar da dignidade da pessoa humana, devendo ser preservado o conteúdo do princípio que assegura o patrimônio mínimo do devedor. O princípio da efetividade da execução deve ser equacionado com o postulado da menor onerosidade do executado, representando boa noção disso a regra contemplada no art. 805, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que prevê que “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

Nessa ordem de ideias, as medidas executivas atípicas devem ter caráter subsidiário em relação às medidas executivas típicas. Assim, aquelas medidas atípicas somente devem ser decretadas pelo Magistrado caso as medidas típicas não se demonstrem eficazes. Sobre a matéria, a doutrina de qualidade esclarece que “estas medidas [atípicas] podem ser aplicadas seja qual for a natureza da obrigação, tanto no procedimento destinado ao cumprimento das sentenças como na execução fundada em título extrajudicial, mas são subsidiárias às medidas executivas típicas”^[3].

Nessa ordem de ideias, em respeitável precedente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assentou que “O emprego da atipicidade das medidas executivas se justifica mediante verificação da necessidade, que, por sua vez, se configura quando frustradas todas as medidas executivas típicas, sob pena de afronta ao devido processo legal”^[4].

3 SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

Diante do inadimplemento contumaz do devedor em relação a uma obrigação de pagar importância em dinheiro pode o Juiz de Direito, em uma execução autônoma ou no módulo de cumprimento de sentença, determinar a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, com a respectiva apreensão dela? Tenho que o art. 139, inc. IV^[5], do Código de Processo Civil, contempla tal possibilidade.

O processo civil moderno exige a necessidade de aperfeiçoamento constante da atividade jurisdicional, notadamente a satisfativa. Nesse particular, a construção por parte da jurisprudência de um instrumento judicial de efetiva produção de resultados é pilar fundamental no Estado Democrático de Direito. Não se pode olvidar que o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado legitima-se, dente outros fatores, a partir dos próprios resultados práticos que aquela atividade é capaz de produzir.

Tenho que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura medida capaz de cercear o direito de liberdade do executado porque ele, devedor, prescinde daquela autorização para se locomover. Por óbvio que em tal caso não poderá o devedor se locomover dirigindo nenhum automóvel, mas nada impedirá que ele venha a deslocar valendo-se de outros meios. Por isso, o direito de liberdade do devedor não é violado diante da eventual suspensão da Carteira Nacional de Habilitação dele.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu não existir violação do direito de liberdade diante da proibição de dirigir veículo automotor, ao assentar que “é inadequada a utilização do habeas corpus quando não há, sequer remotamente, ameaça ao direito de ir e vir do paciente, como na hipótese de restrição ao direito de dirigir veículo automotor”^[6].

No mais, é oportuno lembrar que não há um direito subjetivo e incondicional do cidadão de conduzir veículos automotores. Tal direito somente será deferido ao cidadão caso seja por ele atendidos os respectivos requisitos legais. Vale lembrar da existência de procedimento administrativo prévio, inclusive com a realização de exames teóricos e práticos, para obtenção da Carteira Nacional de Habilitação. Assim, como o direito de dirigir não é absoluto, tenho que não há óbice para que o Juiz determine a suspensão da CNH.

De outro giro, caso a Carteira Nacional de Habilitação seja um mecanismo para exercício de atividade profissional, deve prevalecer o princípio da menor onerosidade possível do devedor em detrimento da implementação do meio atípico de execução. Assim, se o devedor é um motorista profissional, vivendo dos rendimentos auferidos a partir do exercício de tal atividade, não se afigura correto determinar-se a suspensão da sua CNH.

No caso, deve ser aplicada a mesma *ratio* que norteia o art. 833, inc. V, do Código de Processo Civil, que estabelece que são impenhoráveis os instrumentos ou “outros bens móveis necessários ou úteis” ao exercício da profissão do executado. Por outras palavras, as medidas executivas atípicas que sejam desproporcionais ao resultado pretendido não devem ser implementadas. Lembro que o art. 8º, do Código de Processo Civil, prevê que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em respeitável precedente assentou que se trata de “Medida de suspensão da CNH que não trará qualquer efeito coercitivo para fins de pagamento dos valores devidos” porque “em se tratando de motorista profissional, a ausência da habilitação inviabilizaria o exercício da profissão e, via de consequência, qualquer possibilidade de o agravante quitar a dívida já existente e prestações futuras, o que causaria prejuízos tanto a ele quanto ao filho”^[7].

4 APREENSÃO DO PASSAPORTE

Admite-se a apreensão do passaporte do executado, a título de medida executiva atípica, para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação? A jurisprudência tem sido resistente em relação ao deferimento de tal medida, mas me parece que não fica configurado cerceamento absoluto do direito de ir e vir do executado diante da decretação dela.

De fato, a apreensão do passaporte para forçar o devedor ao adimplemento de uma obrigação não viola o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade porque o devedor poderá, mesmo sem aquele documento, transitar normalmente pelo território nacional. Ademais, existem

países no Mercosul que autorizam a entrada de brasileiros mesmo que não estejam munidos de passaporte.

Demais, tenho que os princípios da efetividade, da boa-fé objetiva e da lealdade, todos norteadores do processo civil moderno, maculam por demais o comportamento do devedor contumaz que deixa de pagar suas dívidas e passa a empregar o seu dinheiro com viagens para o exterior.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar recurso de agravo de instrumento, manteve decisão que, em fase de execução que perdura há anos, “deferiu o bloqueio dos cartões de crédito do devedor, bem como a retenção de seu passaporte”, anotando que o art. 139, IV, do CPC, “ampliou as providências à disposição dos magistrados para além da penhora e da expropriação de bens como meios de cobrança”^[8].

Particularmente, tenho que não é correto o devedor deixar de pagar uma dívida e utilizar-se dos “valores preservados”, por exemplo, para realizar viagens para o exterior. Há um comportamento mínimo ético a ser exigido daquele que participa do processo, que não pode ser desprezado. O art. 5º, do CPC, prevê que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Nesse passo, não age pautado na boa-fé o devedor que deixa de pagar a dívida que é cobrada na execução para emprego dos valores com viagens ao exterior.

A decisão judicial que determina o pagamento de uma dívida, se não for impugnada pela via processual própria ou não tiver os seus efeitos suspensos por força de algum recurso, deve ser cumprida pelo executado. O art. 77, inc. IV, do Código de Processo Civil, estabelece que “são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

Assim, caso o devedor não realize o pagamento da dívida, esgotados os meios executivos típicos, parece-me que não existe óbice à apreensão do seu passaporte para compeli-lo ao adimplemento obrigacional. Nesse passo, não se pode olvidar da necessidade de aplicação do princípio da efetividade, segundo o qual “o processo de execução não deve ser um processo meramente

dogmático, imbuído de incidentes processuais e de tecnicismo; deve ser um processo efetivo, que produza os resultados esperados pelo credor”^[9].

Esclareça-se que situações pontuais poderão ser excluídas do espectro de abrangência da medida executiva atípica consistente na apreensão do passaporte do devedor. Basta imaginar situação na qual o devedor exerce atividade laboral que exige dele a realização de viagens frequentes para o exterior. Nesse caso, o passaporte não estará sendo utilizado para lazer, mas, sim, como condição imprescindível para o exercício de atividade laborativa. Não se afigura correto privar o executado da sua fonte de produção de renda, devendo ser aplicada no caso a mesma ideia contida no art. 833, inc. V, do Código de Processo Civil, que estabelece que são impenhoráveis os instrumentos ou “outros bens móveis necessários ou úteis” ao exercício da profissão do executado. O critério de razoabilidade e de proporcionalidade deve nortear sempre o Julgador.

5 CANCELAMENTO DO CARTÃO DE CRÉDITO

Não me parece possível o Julgador determinar, a título de medida executiva atípica, o cancelamento do cartão de crédito do executado. Tal providência não proporciona proveito direto para o processo de execução ou para o módulo de cumprimento de sentença, valendo lembrar que o executado poderá, mesmo com o seu cartão de crédito cancelado, utilizar-se de outras formas para contrair dívidas e para realizar o pagamento delas.

De outro lado, o cancelamento do cartão de crédito também pode ser reputado medida sobremaneira excessiva porque o devedor, diante dela, passa a sofrer evidente restrição de importante mecanismo de crédito, o qual viabiliza o pagamento das dívidas de modo prolongado e parcelado. O cartão de crédito, malgrado sejam cobrados juros elevadíssimos em muitos casos, constitui importante mecanismo de recuperação do estado econômico do devedor. Por isso mesmo, o cancelamento dele não deve ser determinado como medida executiva atípica para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação.

Não se pode olvidar ainda do princípio da dignidade da pessoa humana. A propósito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já assentou em respeitável

precedente que “O magistrado pode determinar as medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive na execução. Em preservação da dignidade da pessoa humana e por não ter sido demonstrada a utilidade para execução, deve ser negado o pedido de cancelamento do cartão de crédito do devedor”^[10].

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de execução e o módulo de cumprimento de sentença são norteados pelo princípio da efetividade, mas tal cânone não é absoluto e deve ser equacionado com o princípio do menor sacrifício possível do executado. A ponderação de tais princípios pode ser bem equalizado a partir da norma contida no art. 805, parágrafo único, que estabelece que “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

O novo Código de Processo Civil, além das medidas executivas típicas, possibilitou o Julgador, com amparo no art. 139, inc. IV, deferir medidas executivas atípicas para viabilizar o efetivo cumprimento das obrigações. Nessa linha de intelecção, afigura-se possível, por exemplo, o Juiz durante a execução determinar a suspensão da CHN ou a apreensão do passaporte do devedor. De outro giro, parece destoar dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade o deferimento de medida executiva atípica para ser cancelado o cartão de crédito do executado.

O fato é que as definições das balizas das medidas executivas atípicas configuram verdadeiro desafio para o processo civil moderno porque, ao mesmo tempo em que se deve prestigiar a ideia de efetividade, não se pode descuidar da ideia que decorre do princípio do menor sacrifício possível do devedor. Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência serão de fundamental importância, cabendo a elas desenhar o futuro dos meios atípicos de execução, levando sempre em consideração as luzes lançadas pelo neoprocessualismo.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. rev. e

atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 348.

HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

_____. **Cumprimento da sentença pecuniária**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito **processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**: artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NOTAS:

[1] É bem verdade que o Código de Processo Civil de 1973 já previa no art. 461, §5º, a possibilidade de concessão de medidas atípicas em relação ao descumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, sendo tal possibilidade estendida também para as obrigações de dar (art. 461-A, §3º).

[2] Afirma a doutrina de qualidade que o princípio da atipicidade executiva “já vinha, cada vez mais com mais veemência, ocupando o espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas executivas” (MEDINA, José Miguel Garcia. Direito **processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 292.).

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108.

[4] TJDF, proc. 0701.11.9.562018-8070000; Ac. 110.2609; Sétima Turma Cível; Rel. Des. Fábio Eduardo Marques; Julg. 13-06-2018; DJDFTE 19-06-2018.

[5] Sobre o art. 139, inc. IV, do CPC a doutrina afirma que “há evidente excesso nas expressões empregadas (“medidas indutivas, coercitivas,

mandamentais ou sub-rogatórias”), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas” mas “essa falta de rigor técnico... não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 213).

[6] STJ, HC 411.519/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21-09-2017, DJe 03-10-2017.

[7] TJRS; AI 0040014-89.2018.8.21.7000; Espumoso; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar; Julg. 26-04-2018; DJERS 03-05-2018.

[8] TJSP; AI 2196977-38.2017.8.26.0000; Ac. 11117776; São Paulo; Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rui Cascaldi; Julg. 29-01-2018; DJESP 07-02-2018; Pág. 2027.

[9] HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009. p. 23.

[10] TJMG; AI 1.0145.15.010121-3/001; Rel. Des. Amorim Siqueira; Julg. 17-10-2017; DJEMG 25-10-2017.

PERPETUIDADE OU TEMPORARIEDADE DOS MAUS ANTECEDENTES PENAIIS: UMA ANÁLISE DAS INTERPRETAÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

VITÓRIA DA COSTA CARUSO:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: A incidência dos maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável ao réu possui previsão legal expressa. No entanto, o lapso temporal no qual determinado fato pode ser considerado como mau antecedente é matéria de grande controvérsia e divide, inclusive, ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Embora não haja previsão legal de aplicação aos maus antecedentes, o período depurador é previsto para os casos de reincidência, em razão do direito constitucional ao esquecimento. Afinal, é devido falar-se em período depurador quando se trata de maus antecedentes? O direito ao esquecimento deve ser aplicado no Direito Penal? É possível que se imagine a perpetuidade dos maus antecedentes? Esses questionamentos são respondidos de formas distintas pelos estudiosos do tema e pelas jurisprudências do STJ e do STF. O presente artigo propõe-se a analisar a fundamentação de cada uma das posições, e lidar com a perpetuidade dos maus antecedentes, sua relação com o direito ao esquecimento e a tendência para a jurisprudência.

Palavras-chave: maus antecedentes, reincidência, perpetuidade, temporariedade, período depurador, divergência jurisprudencial, STF, STJ.

Sumário: 1. Introdução. 2. Maus antecedentes no Direito Penal. 2.1. Necessária diferenciação entre maus antecedentes e reincidência. 3. Temporariedade. 3.1. A Suprema Corte decide pela aplicação do direito ao esquecimento no Direito Penal. 4. Perpetuidade. 4.1. O posicionamento do STJ. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Os maus antecedentes criminais são caracterizados como circunstância judicial desfavorável ao réu, com aplicação prevista no art. 59 do Código Penal.

A constatação da presença de maus antecedentes conduz à valoração negativa das circunstâncias judiciais, refletindo na dosimetria da pena, na fixação de regime inicial, além do prejuízo da concessão de benefícios. Assim, a possibilidade de ser ou não aplicada a circunstância dos maus antecedentes é assunto central no âmbito do Direito Penal.

No capítulo seguinte a essa breve introdução, trata-se da definição e da importância dos maus antecedentes no Direito Penal. A conceituação desse instituto é fundamental para que o leitor se contextualize acerca da sua previsão legal e aplicação jurisprudencial, além da necessária diferenciação entre maus antecedentes e reincidência.

No terceiro capítulo, aprofunda-se na concepção da temporariedade, sua aplicação aos maus antecedentes no Direito Penal e como o STF adotou essa teoria.

Em seguida, no quarto capítulo, apresenta-se a posição oposta do STJ que adota o sistema da perpetuidade dos maus antecedentes.

Já na conclusão é realizado um apanhado dos argumentos de cada uma das teorias, além das percepções e impressões por elas causadas.

No presente artigo, o aspecto analisado é o temporal. Há grande controvérsia acerca do lapso temporal em que seria possível a consideração dos maus antecedentes. Seria aplicável um período depurador, como o é no caso da reincidência, após o qual os maus antecedentes não poderiam ser considerados pelo magistrado quando da dosimetria ou qualquer outra situação? No silêncio normativo a interpretação adequada seria a da perpetuidade dos maus antecedentes?

Não há consenso quanto à resposta para esses questionamentos. A matéria divide a doutrina e altos órgãos do judiciário. O STJ posiciona-se a favor da perpetuidade dos maus antecedentes, enquanto o STF decidiu pela aplicação do período depurador aos maus antecedentes. O presente artigo se propõe a analisar a fundamentação de cada um dos posicionamentos.

2. Maus antecedentes no Direito Penal

Maus antecedentes, como já comentado, são circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal capazes de exasperar a pena-base do réu quando da realização da dosimetria pelo juiz. Os maus antecedentes são, assim, relacionados à vida pregressa do réu, ou seja, o cometimento de um crime, desde que esse não configure reincidência, em razão da vedação absoluta do *bis in idem* no ordenamento pátrio.

Quando da exposição acerca dos maus antecedentes, Nucci salienta dois aspectos a serem considerados: (i) sob o prisma do direito material, somente se podem considerar, para fins de maus antecedentes, condenações transitadas em julgado antes da prática do delito em questão e (ii) sobre o prisma processual, em particular da prisão cautelar, deverão ser analisados todos os incidentes da ficha de antecedentes criminais do réu^[1].

A razão pela qual no direito material deve-se ater às condenações transitadas em julgado para fins de maus antecedentes é elucidada pela Súmula n. 444 do STJ: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*. Assim, sendo os maus antecedentes circunstância judicial capaz de elevar a pena-base, não podem ser considerados processos ainda não transitados em julgado como forma de materialização do princípio da presunção de inocência, caro ao Direito Penal.

Nesse sentido, são precisos os dizeres de Bitencourt^[2]:

Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovacão da autoridade pública e que representam expressaõ de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é unicamente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos significa uma “condenacão” ou simplesmente uma violacão ao princípio constitucional de “presunção de inocência”, como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência

tem entendido, e, principalmente, consagra resquícios do condicional direito penal de autor.

É essencial que, igualmente, não se leve em conta fatores da vida cotidiana do réu na valoração dos maus antecedentes, como outrora foi prática forense comum. Para a análise desses fatores, a circunstância judicial adequada é a da conduta social.

Assim, a aplicação dos maus antecedentes como circunstância judicial para exasperação da pena-base deve ser restrita, apenas quando não for o caso de reincidência e tratar-se de condenação transitada em julgado que conste na folha dos antecedentes.

2.1. Necessária diferenciação entre maus antecedentes e reincidência

Conforme já comentado, a configuração dos maus antecedentes só se dá quando não for o caso de reincidência que, por sua vez, é de consideração obrigatória pelo juiz como agravante, ou seja, a circunstância judicial dos maus antecedentes possui caráter residual.

A reincidência, tal qual prevista no artigo 63 do Código Penal, é quando o réu, após o trânsito em julgado da condenação por um crime, comete uma nova infração, tratando-se de uma circunstância agravante a ser considerada na segunda fase da dosimetria. Como alerta, Pacelli, a condenação pode inclusive ter se dado no estrangeiro, desde que tenha transitado em julgado^[3]. São assim, três os requisitos lógicos para a aplicação da reincidência: o cometimento de dois crimes, a coincidência do agente e o trânsito em julgado da condenação anterior. Pertinentes também os ensinamentos de Damásio de Jesus^[4]:

A doutrina apresenta duas formas de reincidência:

a) reincidência real: ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior;

b) reincidência ficta: ocorre quando o sujeito comete o novo crime após haver transitado em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior.

O CP aceitou a reincidência ficta, conforme dispõe o art. 63: “Verifica-se a reincidência quando o agente

comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Aspecto relevante para a análise aqui tecida é a eficácia temporal da condenação anterior para fins de reincidência. O legislador brasileiro adotou o sistema da temporariedade quando se trata da reincidência, enunciando no artigo 64, inciso I do Código Penal que *“não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”*. O lapso temporal tratado é o período depurador, em que a condenação deixa de ser considerada para fins de reincidência.

Segundo o sistema da temporariedade, quando transcorrido determinado lapso temporal – no caso do ordenamento brasileiro de 5 anos – entre o termo *a quo* e o cometimento de outro crime, é excluída a reincidência. Argumentam os defensores desse sistema que quando transcorrido um tempo significativo entre dois erros, as condutas são desconectadas, as condições do sujeito já se encontram muito alteradas e, por isso, não poderiam servir para prejudicar o réu, uma vez que extinguido o vínculo criminológico entre as duas condutas[5].

Pode acontecer que duas condenações distintas transitadas em julgado possam caracterizar uma má anterior e outra reincidência, não havendo, contudo, a possibilidade de que uma única condenação aumente a pena na primeira e na segunda fase. É o disposto, inclusive, na Súmula n. 241 do STJ: *“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*.

Assim, a condenação transitada em julgado será considerada como má anterior quando não puder ser considerada reincidência. No entanto, o ponto de conflito é, após o transcurso do período depurador, a condenação penal ensejaria má anterior? Nessa questão divergem doutrina e jurisprudência acerca da aplicação do sistema da temporariedade ou da perpetuidade em relação aos má anteriores.

3. Temporariedade

Quando se trata da adoção de um sistema para a caracterização de maus antecedentes após o transcurso do período depurador de 5 anos da reincidência, uma posição é que os maus antecedentes devem ser igualmente nulificados, ou seja, o sistema da temporariedade dos maus antecedentes. Segundo essa concepção, já apresentada em capítulos anteriores desse artigo, o uso dos maus antecedentes deve ser temporalmente limitado, como forma de evitar a punição do réu em caráter *ad eternum* por determinada condenação[6].

A aplicação da temporariedade aos maus antecedentes não apresenta previsão legal expressa. Surge, no entanto, como uma interpretação jurisprudencial constitucional que se autodeclara com o objetivo de humanizar a pena, porquanto a reprovação por uma condenação por uma conduta específica não deve se espelhar sobre todos os aspectos da vida do indivíduo, que jamais se livraria do estigma.

Os defensores desse sistema apontam ainda a ilogicidade da perpetuação dos maus antecedentes quando nem mais a reincidência, instituto de maior significância quanto aos efeitos sobre a pena e fixação de regime, pode ser considerada. Seria, assim, imperativa a fixação de um prazo de escoamento dos efeitos da condenação para fins de maus antecedentes, tal qual existe para a reincidência.

Nesse sentido, posiciona-se Bitencourt[7]:

Conve?m destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitac?a?o temporal dos efeitos dos "maus antece- dentes", adotando-se o para?metro previsto para os "efeitos da reincide?ncia" fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, in verbis: "o recurso a? analogia per- mite-nos limitar o prazo de incide?ncia dos antecedentes no marco dos cinco anos — delimitac?a?o temporal da reincide?ncia —, visto ser a u?nica orientac?a?o permiti- da pela sistema?tica do Co?digo Penal".

A parcela da doutrina que adota o sistema da temporariedade, ancora-se, assim, em princípios constitucionais que vedariam a estigmatização do condenado por um período protraído no tempo, porquanto o texto constitucional veda a aplicação de pena em caráter perpétuo. Sendo a reincidência o efeito penal secundário e a pena o efeito penal primário e tendo ambas um prazo determinado, é inadequado, seguindo a linha da temporariedade, que os maus antecedentes possam ser protraídos no tempo e utilizados em desfavor do réu por um período indefinido e infinito.

3.1. A Suprema Corte decide pela aplicação do direito ao esquecimento no Direito Penal

A temporariedade foi o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. No HC n. 126.315/SP, de 2015, o Relator Ministro Gilmar Mendes apregoa que o direito ao esquecimento é constitucional e que, apesar de vozes contrárias, deve ser aplicado na seara penal, tratando-se de *“direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade”*.

Entendeu ainda o relator ser a vontade do legislador o estabelecimento de um limite temporal de aplicação dos maus antecedentes quando afastou a pena da prisão perpétua do ordenamento com o objetivo de maior reintegração do apenado na sociedade. Nesse sentido, o mais eficaz para a reinserção do anteriormente condenado é que essa condenação não seja uma constante pairando sobre todas as ações do indivíduo.

O entendimento dos Ministros da Suprema Corte^[8] fixou-se, então, no sentido de que o transcurso do período depurador extinguiria a reincidência e os maus antecedentes, tal qual teria intentado o legislador, pois o indivíduo já teria cumprido a punição e não poderia ser responsabilizado e punido novamente pela mesma conduta resultante de erros do passado. A concepção da perpetuidade, anteriormente adotada pelo próprio STF, seria assim, incompatível com preceitos legais e constitucionais.

4. Perpetuidade

O sistema da perpetuidade aparece em oposição ao da temporariedade, no sentido de que os maus antecedentes possam ser considerados para fins de exasperação da pena-base como circunstância judicial desfavorável ao réu a qualquer tempo, inclusive após o transcurso do prazo de 5 anos correspondente ao período depurador da reincidência.

Os que advogam a favor dessa corrente o fazem sustentando que a ausência de previsão legal acerca de um período para caducidade dos maus antecedentes impede que o período depurador seja aplicado por analogia. Assim, mediante silêncio normativo, o Código Penal haveria se filiado ao sistema da perpetuidade dos maus antecedentes.

Defendendo a tese da perpetuidade, Nucci^[9] afirma:

Diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caducam. Podem ser levados em consideração para a fixação do *quantum* da pena-base a qualquer tempo. O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado. Eis o motivo pelo qual há um prazo para caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito, figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base. Por outro lado, comprovada a reincidência, deve o juiz aplicar a agravante (art. 61, I, CP), que pode gerar uma elevação da pena, na segunda fase da fixação da pena, de um sexto ou mais. Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que apresentem alguma conexão com o crime cometido pelo agente. Ilustrando, se o réu apresenta um antecedente antigo de lesão corporal, nem merece ser levado em conta na fixação da pena, caso seja condenado por estelionato. Por outro lado, mesmo passados alguns anos, se o acusado foi anteriormente sentenciado por homicídio e torna a

cometer um crime violento contra a pessoa, deve-se levá-lo em consideração.

Ademais, o sistema da temporariedade julga ser inadequada a aplicação do direito ao esquecimento no Direito Penal. Isso porque a condenação anterior transitada em julgado deve, necessariamente, ser levada em conta quando da fixação da pena-base por determinação legal, não cabendo limitação de qualquer tipo, inclusive temporal, pois a repressão ao cometimento de novo delito é uma das razões de ser da pena. Não se pode, para a corrente da perpetuidade, equiparar os maus antecedentes à reincidência para fins de estabelecimento de um adequado lapso temporal no qual possa ser aplicado. Isso porque outras circunstâncias judiciais enunciadas no art. 59 do Código Penal, tais como conduta social e personalidade, não apresentam um prazo de validade, e seguem aptas a motivar o juiz a conceder uma substituição

de pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, III, do CP), para a concessão do sursis (art. 77, II, do CP) ou para o livramento condicional (art. 83, inciso I, do CP) em caráter de perpetuidade.

4.1. O posicionamento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento do HC n. 353.104, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, filiou-se ao sistema da perpetuidade dos antecedentes penais.

O entendimento da Corte Superior^[10] é de que no silêncio do legislador quanto ao estabelecimento de um período limite depois do qual as condenações anteriores não poderiam ser considerados maus antecedentes, o Código definiu a inexistência desse período. Assim, caso fosse de interesse que o período depurador existisse para os maus antecedentes, o texto legal o teria estabelecido, tal como o fez para a reincidência. Ao não fazê-lo o Código vinculou-se ao sistema da perpetuidade dos maus antecedentes.

Para melhor compreensão do argumento utilizado, transcreve-se trecho do voto do relator:

Ressalta-se, ainda, que, em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus

anteriores, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

O STJ, assim, adotou uma interpretação restritiva do período depurador, ao apurar a intenção do legislador, e o sistema ao qual estaria vinculada a legislação federal, de acordo com a função constitucionalmente estabelecida para o Tribunal. Ao fazê-lo acabou por posicionar-se em desacordo com o STF numa postura, de certa forma, mais punitivista.

5. Conclusão

Tratando-se da caducidade dos maus antecedentes, não há resposta simples. Como visto, ambas as correntes possuem pertinente argumentação e dividem doutrina e jurisprudência, inclusive das instâncias Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, ao alinhar-se ao sistema da temporariedade dos maus antecedentes argumentou que essa interpretação estaria de acordo com princípios basilares do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana. Além disso, a exclusão da prisão perpétua do Direito Penal faz crer que o direito do esquecimento é instituto válido e deve, sim, ser aplicado a essa seara, indicando ser devida a aplicação por analogia do período depurador da reincidência também aos maus antecedentes.

Em posição diametralmente oposta, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça. O entendimento sedimentado pelos Ministros da Corte Superior é o da impossibilidade de aplicação do período depurador aos maus antecedentes, mediante o silêncio do legislador. A interpretação restritiva adotada se justifica pela investigação da intenção do legislador que, se objetivasse a caducidade dos maus antecedentes teria estabelecido o lapso temporal para tanto.

Não há dúvidas quanto à legitimidade da atuação do STJ. O silêncio do legislador quanto ao período de caducidade dos maus antecedentes sem dúvidas dá margem à interpretação de que a intenção do legislador foi a de inexistência do mencionado período. Contudo, o ordenamento deve ser analisado em seu contexto mais amplo, que engloba o objetivo de não estigmatização do réu, a dignidade da pessoa humana e de um Direito Penal garantista. Assim, a tendência é que os Tribunais que ainda aplicam o sistema da perpetuidade, entre eles o STJ, gradualmente se convertam ao da temporariedade, a exemplo do STF.

6. Referências Bibliográficas

AREAL, Mônica; FETZNER, Néli Luiza C.; JÚNIOR, Nelson C. Tavares. *Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes: a controvérsia jurisprudencial e a prevalência dos direitos ao esquecimento e ao novo recomeço*. Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição., 23rd edição*. Editora Saraiva, 2017.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1 : parte geral, 35ª edição*. Saraiva, 12/2013.

NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral - Arts. 1ª a 120 do Código Penal, 2ª edição*. Forense, 01/2018.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado, 18ª edição*. Forense, 01/2018.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral, 4ª edição*. Atlas, 12/2017.

NOTAS:

[1] NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral - Arts. 1ª a 120 do Código Penal, 2ª edição*. Forense, 01/2018.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição., 23rd edição*. Editora Saraiva, 2017.

[3] PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral, 4ª edição*. Atlas, 12/2017.

[4] JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1 : parte geral, 35ª edição*. Saraiva, 12/2013.

[5] JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1 : parte geral, 35ª edição*. Saraiva, 12/2013.

[6] AREAL, Mônica; FETZNER, Néli Luiza C.; JÚNIOR, Nelson C. Tavares. *Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes: a controvérsia jurisprudencial e a prevalência dos direitos ao esquecimento e ao novo recomeço*. Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2015.

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição., 23rd edição*. Editora Saraiva, 2017.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 118977, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe - 067 DIVULG 03 – 04 - 2014 PUBLIC 04 - 04- 2014. Disponível em:

A LEI 11.343/2006 E AS MODALIDADES DE PRISÃO EM FLAGRANTE

JEANNIE DAIER DE ANDRADE:

Delegada de Polícia em TO. Graduada em Direito pela PUC Minas Especialista em Estudos da Criminalidade e Segurança Pública pela UFMG.

Resumo: Procura-se neste artigo trazer os conceitos das modalidades de prisão em flagrante delito e a diferença prática de cada uma, especialmente quando da aplicação da lei de crimes de drogas em seus diversos tipos penais mistos alternativos.

Palavra – chave: prisão em flagrante; modalidades; lei de drogas; crimes permanentes.

Abstract: This article seeks to bring the concepts of the types of imprisonment in flagrante delicto and the practical difference of each one, especially when applying the law of drug crimes in its various alternative mixed criminal types

Key words: prison in flagrante; modalities; drug law; crimes.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de prisão em flagrante; 3. Modalidades de prisão em flagrante; 4. Repercussão da diferença entre as modalidades de prisão em flagrante nos crimes da lei de drogas; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O código de processo penal prevê em seus artigos, o conceito de prisão em flagrante de onde a doutrina extraiu algumas de suas modalidades, complementando-as a outras trazidas pelos estudiosos do Direito.

Algumas dessas prisões não previstas no texto do CPP são consideradas ilegais, e outras dependem ainda, de autorização judicial para ocorrerem, em vista da proteção ao direito fundamental de liberdade.

A Lei 11.343/2006, denominada Lei de Drogas, prevê autorização judicial para a modalidade de prisão em flagrante retardado, diferido ou postergado. É a única modalidade de prisão em flagrante que depende de autorização

judicial, o que parece bastante contraditório, haja vista ser a prisão verificada no momento em que os fatos estão ocorrendo, ou seja, aquilo que “queima”, conforme a própria etimologia da palavra.

Por isso se faz necessário a diferenciação das modalidades de prisão em flagrante, para que os operadores do Direito, especialmente aqueles da atividade policial que lidam frequentemente com tal espécie de prisão, possam proceder a sua efetivação dentro da legalidade.

Assim, essa prisão em flagrante é a ferramenta constitucionalmente assegurada para autopreservação social e, se justifica para evitar a consumação do delito; evitar a fuga e levantar elementos indiciários que viabilizem uma futura deflagração da *persecutio criminis*.

2. Conceito de prisão em flagrante

A prisão em flagrante, tratada no capítulo II do Título IX, pertence à modalidade de prisão processual (provisória ou cautelar), da qual é espécie, ao lado da prisão preventiva, da prisão temporária, da prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

É uma medida de autodefesa social, caracterizada pela privação da liberdade de locomoção, independentemente de prévia autorização judicial, daquele que é flagrado durante o cometimento de um delito ou momentos depois. Tem como objetivo fundamental evitar a fuga do infrator, auxiliar a colheita de provas, impedir a consumação ou o exaurimento do delito.

3. Modalidades de prisão em flagrante

A doutrina elenca as modalidades dessa prisão a partir dos artigos do CPP e traz ainda outros exemplos, são elas: 1) Flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro (art. 302, I e II); 2) Flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante (art. 302, III); 3) Flagrante presumido, ficto ou assimilado (art. 302, IV); 4) Flagrante preparado ou provocado (crime impossível por obra do agente provocador, crime de ensaio); 5) Flagrante esperado; 6) Flagrante forjado 7) Flagrante prorrogado/retardado/diferido (ação controlada);

O flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro é o que ocorre quando o agente está consumando a infração ou acabou de cometê-la (delito já consumado). Essa forma de flagrante deve ser realizada no *'locus delicti'*.

Impróprio, irreal ou quase flagrante ocorre quando o agente, já tendo consumado o delito, ou em meio aos atos executórios, é interrompido por terceiros. Ao fugir, é perseguido e preso. A perseguição deve ser ininterrupta (não pode sofrer solução de continuidade), não importando o tempo de sua duração. 'Logo após' é o tempo entre o acionamento da polícia e o seu comparecimento ao local do crime para obtenção de informações quanto ao agente. Não se exige na perseguição o contato visual ininterrupto com o agente.

No flagrante presumido, ficto ou assimilado não há perseguição. Aqui, o agente é apenas encontrado posteriormente com objetos que façam presumir sua autoria.

As três modalidades acima referidas estão previstas no CPP, e para explicar algumas situações corriqueiras, especialmente da atividade policial, a doutrina desenvolveu conceitos de outras quatro modalidades.

Criação doutrinária, o flagrante preparado é também chamado de crime impossível por obra do agente provocador ou "crime de ensaio". São sinônimos de crime impossível: "crime oco", "tentativa inidônea" e "quase crime". Caracteriza-se pelo induzimento à prática do crime pelo agente provocador, que tomando as medidas necessárias, torna impossível a consumação do delito. Infelizmente essa modalidade de prisão em flagrante ocorria com certa frequência, tendo o STF rechaçado qualquer legalidade aparente, simulando entendimento:

STF Súmula 145 não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Também ilegal, e rechaçado pela doutrina e jurisprudência, o flagrante forjado ocorre quando o fato típico não é praticado, mas é simulado pela autoridade ou por qualquer do povo com o objetivo de incriminar o suposto agente. É uma prisão absolutamente ilegal, passível, ainda, de responsabilização

penal e administrativa dos responsáveis. Temos como exemplo comum o policial que “planta” a droga no veículo de algum alvo de investigação.

Já o flagrante esperado é considerado legal, já que não há qualquer provocação do agente policial que apenas toma conhecimento antecipado de que ocorrerá um crime e se dirige ao local, aguardando o momento de flagrância para efetuar a prisão.

Difere do flagrante retardado, postergado ou diferido pois neste, o fato está ocorrendo, mas o agente policial não efetua a imediata prisão, aguardando o melhor momento para realizá-la a fim de prender maior número de autores ou apreender o produto e instrumento de crime. Trata-se de modalidade prevista em leis esparsas e que recebe o nome de ação controlada, por depender em determinadas situações, de autorização judicial.

4. Repercussão da diferença entre as modalidades de prisão em flagrante nos crimes da lei de drogas

Especialmente sobre a prisão em flagrante denominada ação controlada é que precisamos tecer algumas considerações sobre sua repercussão na lei de drogas.

Se a autoridade, seja ela policial ou administrativa, constatar que existe uma infração penal em curso, ela deverá tomar as providências necessárias para que esta prática cesse imediatamente, devendo até mesmo realizar a prisão da pessoa que se encontre em flagrante delito. Isso é um dever não uma faculdade, sob pena de responsabilização da autoridade.

A experiência demonstrou, contudo, que, em algumas oportunidades, é mais interessante, sob o ponto de vista da investigação, que a autoridade aguarde um pouco antes de intervir imediatamente e prender o agente que está praticando o ilícito. Isso ocorre porque em determinados casos se a autoridade esperar um pouco mais, retardando o flagrante, poderá descobrir outras pessoas envolvidas na prática da infração penal, reunir provas mais robustas, conseguir recuperar o produto ou proveito do crime, enfim obter maiores vantagens para a persecução penal.

Algumas leis, a até mesmo convenções internacionais, preveem essa modalidade a fim de trazer maior eficiência para as investigações policiais, tais como a Lei 12.850/13 (lei da organização criminosa); Lei 9.613/ 98 (lavagem de capitais); Lei 11.343/06 (lei de drogas) e a Convenção de Palermo que assim versa:

Artigo 20, Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiada se, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

(...)

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Especialmente em relação a Lei 11.343/2006, há previsão de autorização judicial específica para que a autoridade policial deixe de efetuar a prisão em flagrante num determinado momento, a fim de aguardar momento mais favorável a prisão de maior número de envolvidos bem como maior quantidade de droga, assim o art. 53:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Ocorre que a diferença peculiar entre as modalidades de prisão em flagrante se torna de essencial conhecimento das autoridades envolvidas na persecução penal, justamente no que tange aos crimes previstos na lei de drogas, por versar sobre inúmeros crimes permanentes, nos quais, em tese, a prisão em flagrante poderia ocorrer em qualquer momento, já que a consumação dos delitos se protraí no tempo.

Na verdade há uma confusão de conceitos que o legislador quis afastar, exigindo especificamente no caso de drogas, a autorização judicial para que a autoridade deixe de efetuar a prisão no momento da flagrância. A confusão de conceitos ocorre justamente porque algumas autoridades justificam a prisão posterior de autores envolvidos, por exemplo, com tráfico de drogas, pela condição de crime permanente, burlando a determinação legal de autorização previa para não realização imediata da prisão. O que determina a lei processual penal, é que a prisão seja efetuada no momento em que a autoridade verifica qualquer conduta descrita no tipo penal. Por exemplo, no caso de tráfico de drogas, o art. 33 da Lei 11.343/2006 previu dezoito núcleos do tipo, e a

autoridade policial deve efetuar a prisão imediatamente quando verificar qualquer um dos núcleos.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Assim, por exemplo, se a autoridade policial verifica dois autores parados aguardando o comprador da droga se aproximar e entregar o dinheiro para efetuar a prisão, ela deve ter a autorização judicial para essa espera, vista de que os autores ali aguardam já com a droga acondicionada, o que se verifica a flagrância do núcleo ter em depósito, ou mesmo expor à venda. Não pode a autoridade policial, sem autorização judicial, aguardar a efetivação da venda da droga, sob o argumento de que esperava melhor momento para efetuar a prisão dos compradores por se tratar de crime permanente. Foi justamente isso que a lei de drogas quis coibir, a discricionariedade abusiva que ocorria em relação aos crimes de drogas.

Por isso mesmo, não cabe aos agentes policiais determinarem o melhor momento para efetuar a prisão em flagrante nos casos de crimes de drogas, porque eles tem o dever de efetuar a prisão imediata quando verificada a prática de qualquer núcleo do tipo. A prisão nesses casos, só poderá ser postergada para momento posterior, mediante autorização judicial prévia e desde que preenchidos os requisitos legais quais sejam, o conhecimento do itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

5. Conclusão

Como dito acima não se pode confundir crimes permanentes, em que a consumação se protraí no tempo, com flagrante postergado, retardado ou diferido, a fim de justificar a não prisão imediata em crimes de drogas. O fato de se tratarem de crimes permanentes autoriza o agente a prender em qualquer momento enquanto o crime está ocorrendo, ou seja, durante a permanência o agente policial pode prender em qualquer momento em que ele

verificar a primeira conduta típica. Verificada a conduta ele é obrigado a efetuar a prisão imediatamente, conforme as modalidades previstas no próprio CPP. A possibilidade do agente escolher o momento da prisão, após verificada a flagrância, somente será possível nos crimes da Lei 11.343/2006, mediante autorização judicial e desde que preenchidos os requisitos legais. Muitos policiais tem deixado de efetuar a prisão em flagrante quando verificam condutas suspeitas de traficantes de drogas, onde fazem campana e aguardam os compradores adquirirem a mercadoria, sob o argumento de se tratar de crime permanente. Mas a lei de drogas foi clara ao vedar essa discricionariedade, devendo os agentes estarem amparados de autorização judicial, conforme os ditames da legislação especial.

6. Bibliografia

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 8. Ed. São Paulo: Método, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Processo Penal**. 25. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6 Ed. Salvador: Juspodvum, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. São Paulo: Altas, 2017.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Para Concursos**. 7. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. Ed São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSTITUIÇÃO: UMA ABORDAGEM DA CONCEPÇÃO MODERNA À LUZ DA DOCTRINA DE NIKLAS LUHMANN

LARISSA COLANGELO MATOS VIDAL:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar os sentidos ou concepções do termo Constituição, apresentando os sentidos clássicos trabalhados na doutrina (sociológico, jurídico, político e cultural) e o sentido moderno (contemporâneo) desenvolvido por Niklas Luhmann, abordando, quanto a este último, os fenômenos da autopoiesis do acoplamento estrutural.

Palavras-chave: Constituição. Concepções Clássicas. Sentido Moderno. Niklas Luhmann. Autopoiesis. Acoplamento Estrutural.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SENTIDOS CLÁSSICOS DO TERMO CONSTITUIÇÃO. 2.1 Sentido Sociológico. 2.2 Sentido Jurídico. 2.3 Sentido Político. 2.4 Sentido Culturalista. 3. SENTIDO MODERNO (CONTEMPORÂNEO) DESENVOLVIDO POR NIKLAS LUHMANN. 3.1 Autopoiesis. 3.2. Acoplamento Estrutural. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

De início, registre-se que, ao conceituar ou classificar qualquer instituto, surgirão diversos critérios, não sendo um mais certo que o outro, talvez, no máximo, mais adequado. Assim, apresentamos, na oportunidade, aqueles mais abordados pela doutrina, não obstante as posições modernas (contemporâneas) serem também de grande relevância no âmbito jurídico.

Desta feita, apresentaremos os sentidos clássicos de "Constituição" trabalhados na doutrina, abordando, em seguida, o sentido complexo desenvolvido pela moderna Teoria da Constituição de Niklas Luhmann.

2. SENTIDOS CLÁSSICOS DO TERMO CONSTITUIÇÃO

Com efeito, existem vários sentidos ou concepções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”. Alguns doutrinadores preferem a ideia da expressão tipologia dos conceitos de Constituição em várias acepções.

Consoante doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes^[1], iniciando pela perspectiva clássica, temos os seguintes sentidos (ou concepções): sociológico; jurídico; político; e culturalista de Constituição.

2.1 Sentido Sociológico:

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassalle desenvolveu sua análise sobre o sentido e conceituação de uma constituição em obra escrita em 1863 e intitulada “A essência da Constituição”. O autor ganhou notoriedade ao afirmar que devemos distinguir a verdadeira e efetiva “Constituição”, daquela que identifica e explicita a dinâmica de poder estabelecida em uma sociedade, em relação à da Constituição escrita, que como qualquer documento equivale a uma mera “folha de papel”.

Sendo assim, uma investigação sobre qual seja a “Constituição” real e efetiva de um Estado e de uma sociedade transborda e ultrapassa os limites da ciência jurídica, sendo, na realidade, um problema dos sociólogos e dos cientistas políticos, que seriam mais aptos a identificar na dinâmica social os verdadeiros centros de poder e de decisão presentes nessa sociedade e os interesses aos quais esse poder serve (que no século XIX se caracterizava na figura do monarca, de uma aristocracia, de uma grande burguesia ou dos banqueiros; apenas em casos extremos ter-se-ia a corporificação na forma de um poder inorgânico, que seria o povo, compreendido este como a união de uma pequena burguesia e da classe operária).

Portanto, o que denominou de “fatores reais de poder” seriam o conjunto de forças que atuariam para a manutenção das instituições de um país em um dado momento histórico. Nesses termos, a Constituição escrita (folha de papel) seria adequada se, e somente se, correspondesse aos fatores reais de um determinado País, pois se isto não acontecer, conforme, já citado, sucumbiria diante da Constituição real que efetivamente regularia a sociedade. Portanto, em sentido sociológico, a Constituição é entendida como os fatores reais de poder que regem uma sociedade. Ressalte-se que Lassalle foi um dos precursores do que atualmente intitulamos de sociologia jurídica.

Em resumo, Ferdinand Lassale defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”. A Constituição, segundo a conceituação de Lassale, seria, então, a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.

2.2 Sentido Jurídico:

Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual. No quadro da “Teoria Pura do Direito”, Kelsen pretende expurgar do universo da ciência do direito todo e qualquer conteúdo que não possa ser reduzido ao critério de validade, ou seja, o fato de encontrar em uma norma que lhe é hierarquicamente superior a sua autorização para existência no mundo jurídico.

Nessa perspectiva, então, a Constituição adquire um significado exclusivamente normativo: ela se transforma no conjunto de normas mais importantes de um Estado conforme um critério hierárquico.

A partir desse ponto, toda e qualquer norma deve encontrar sua validade no texto constitucional, razão pela qual autores imaginam um diagrama da teoria da validade normativa kelseniana como uma pirâmide e sempre colocando a Constituição em seu ápice.

Kelsen traz 2 (dois) sentidos jurídicos para a constituição: lógico-jurídico e jurídico-positivo.

No sentido lógico-jurídico, a constituição deve ser entendida à luz do conceito de norma fundamental. Esta, definitivamente não é posta no ordenamento, mas sim pressuposta por ele. A norma fundamental está no topo do Ordenamento Jurídico e possui duas funções: 1) dar fundamento de validade a todo sistema: ela autoriza o Poder Constituinte Originário a elaborar a Constituição e determina que todos devem cumprir a Constituição; 2) Fechar o sistema jurídico: porque a norma fundamental nunca será posta por alguém, ela, como já citado, é suposta (pressuposto lógico transcendental), sendo uma convenção para que o sistema não se torne infinito sendo o ponto de início e o de final, ou seja, onde tudo começa e termina no sistema jurídico.

Nesses termos, uma norma é válida, como salientado, acima quando uma norma hierarquicamente superior dá validade a ela, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição. E qual seria o fundamento de validade da Constituição? O fundamento de validade da Constituição é a norma fundamental (convenção lógico-transcendental). O fundamento de validade da norma fundamental é a própria norma fundamental, uma vez que ela dá fundamento de validade a outras normas e fecha o sistema.

Sem dúvida, Kelsen não quer saber se uma norma é justa ou injusta, e sim se é válida.

Por outro lado, quanto ao sentido jurídico-positivo, é a norma superior, ou seja, é a constituição como norma superior do Ordenamento Jurídico, que dá validade a todas as outras normas do sistema. Leia-se o sentido jurídico positivo é a “norma constitucional propriamente dita.”

José Afonso da Silva, traduzindo o pensamento de Kelsen, conclui que

“... constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.” (José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 41)

2.3 Sentido Político:

Na lição de Carl Schmitt, encontramos o sentido político, que distingue *Constituição* de *lei constitucional*. Para ele, a Lei Constitucional estaria subordinada à Constituição.

Segundo tal teoria, toda a normatividade do direito deveria ser atribuída a uma “decisão política” concreta, cuja magnitude e importância seriam responsáveis por dar forma e unificar a vontade política existente em uma comunidade; a esse ato, designar-se-ia Constituição.

Desse modo, a Constituição seria a decisão política fundamental do povo, seria um ato de exercício da autoridade politicamente existente, que imporá sua vontade em consonância com a aclamação popular e, a partir daí, daria existência jurídica as “leis constitucionais”.

Como consequência, ao Estado, caberia a tarefa de superar o hiato que se estabelecerá entre “normas” e “fatos sociais”, superando-o e reduzindo tanto os elementos normativos quanto fáticos à luz dessa “decisão política” anterior.

Para Schmitt, a essência da Constituição está alocada nas decisões políticas fundamentais do (titular) Poder Constituinte (que seria o povo) e não em normas jurídicas positivadas, o que o coloca em posição contrária e oposta àquela delineada pelo sentido (concepção) jurídico-normativo de Constituição de viés kelseniano anteriormente apresentado.

Constituição, conforme pondera José Afonso da Silva ao apresentar o pensamento de Schmitt, “... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental”.^[2]

Pode-se afirmar, portanto, em complemento, que, na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte.

2.4 Sentido culturalista:

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição é produto da cultura (fato cultural). Trabalha de forma complementar todas as concepções descritas acima (sociológica, jurídica e política) desenvolvendo a lógica de que a Constituição possui fundamentos diversos arraigados em fatores de poder, decisões políticas do povo e normas jurídicas de dever ser vinculantes.

Dessa premissa, nasce a ideia de uma constituição total com a junção dos aspectos econômicos, sociológicos, políticos, jurídico-normativos, filosóficos e morais a fim de construir uma unidade para a Constituição. Nesse diapasão, a Constituição se coloca como um conjunto de normas fundamentais condicionadas pela cultura total e, ao mesmo tempo, condicionante, numa perspectiva eminentemente dialética.

Assim, a Constituição é determinada pela cultura, pois é fruto de pré-compreensões da sociedade, na qual ela está inserida, mas também atua como elemento conformador do sentido de aspectos da cultura. Desta feita, ela é condicionada, mas também é condicionante.

Acerca do conceito culturalista de Constituição, Meirelles Teixeira preleciona^[3]:

“... as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político”.

3. SENTIDO MODERNO (CONTEMPORÂNEO) DESENVOLVIDO POR NIKLAS LUHMANN

Posteriormente às concepções clássicas, surgem as digressões de cunho crítico-reflexivo sobre as Constituições. São intituladas de concepções ou sentidos modernos (contemporâneos) de Constituição. Essas concepções irão envolver os autores: J. J. Gomes Canotilho, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Peter Häberle, Konrad Hesse, Marcelo Neves e José Adércio Leite Sampaio. Abordaremos aqui a Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Com efeito, Niklas Luhmann é um dos mais importantes sociólogos jurídicos dos últimos tempos, ganhando destaque no universo internacional ao desenvolver sua Teoria Sistêmica da Sociedade. Segundo referida teoria, com a Modernidade, a sociedade passou a se constituir a partir de diversos sistemas (ou subsistemas) sociais especializados (Política, Direito, Religião, Cultura,

Ciência, Economia etc.), de modo que cada um assumisse reações próprias e uma linguagem (a partir de um processo de codificação) própria.

Com base nessa ideia, Luhmann parte da distinção entre o sistema e seu ambiente (entorno ou mundo circundante), concluindo que cada sistema é, portanto, fechado do ponto de vista operacional e organizado a partir de seu código.

Nesse contexto, não há comunicação entre sistema e seu ambiente (autopoiesis), de modo que todos os acontecimentos externos são codificados e traduzidos pelo sistema a partir de sua linguagem própria. É esse código que permitirá a organização do sistema, dotando-o de identidade e diferenciando-o dos demais sistemas sociais. Para tanto, Luhmann faz uso de uma diferenciação binária funcional que separa o sistema de seu ambiente.

Todavia, para que isso funcione no nível da sociedade, assistiremos a determinados fenômenos que provocam uma "irritação" mútua entre dois sistemas sociais, sendo lido por cada um, à luz de seu código – e por isso, diferentemente. A tal fenômeno, Luhmann chama de acoplamento estrutural. É sob esse prisma que a Constituição será compreendida.

Portanto, funcionalmente, a Constituição é o produto de um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política.

Cabe ao Direito estabilizar expectativas sociais de comportamento, ou seja, diante de um futuro incerto, a ordem jurídica estabelece condutas que serão esperadas por todos os seus demais membros, forjando uma ideia de previsibilidade. Contudo, tal relação que se estabelece entre mudança social e expectativas de comportamento se dá de modo idealizado.

Nesse ponto é que decorre a necessidade de o Direito "irritar" a Política e vice-versa, permitindo uma separação mútua. O Direito parece depender da Política para dotar de legitimidade suas normas, já que esta faz uso do poder para garantir acatamento social a suas determinações, e com isso, permitir estabilizações. Por outro lado, a Política se utiliza do Direito para diversificar o uso do poder politicamente concentrado.

Nada obstante, isso não confunde ambos os sistemas sociais, ficando intacta a divisão funcional. De modo diferente do direito, a política utiliza-se do meio do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório.

Para Giancarlo Corsi^[4] - discípulo de Luhmann –, se perguntarmos aos juristas o que é a “Constituição”, encontraremos respostas bastante heterogêneas, mas que compartilham da ideia de que a Constituição é importante, sobretudo, porque marca a imposição do Direito positivo sobre o Direito natural, ou seja, porque vincula-se com a forma completa o poder, e também, porque é universal: nisso se encontra sua novidade e sua ruptura com as representações normativas do passado.

Sob um olhar histórico das Revoluções Francesa e Norte-Americana, Luhmann conclui que é na figura da Constituição que se dá a total separação de ambos os sistemas quanto às suas de funções e, simultaneamente, a consequente necessidade de uma religação entre eles.

Segundo a doutrina de Giancarlo Corsi,

“[Por] ‘acoplamento estrutural de direito e política’, entendendo-se esses como dois diferentes subsistemas da sociedade atual. Com essa formulação – muito abstrata, como sempre quando se trata da teoria dos sistemas – pretende-se descrever a situação na qual dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), especificam, de modo extremamente circunscrito e seletivo, as possibilidades de ‘se irritarem’ reciprocamente; no nosso caso, basta pensar na legislação como constante fator de irritação do Direito por parte da Política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da Constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania popular e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito.”^[5]

Nesse contexto, a Constituição passa a ser o vetor de ordenação do código direito/não direito e, com isso atuando para a fundação da validade do direito. Ou seja, a ideia moderna de Constituição permite ao Direito a sua autofundação sem que tenha de apelar para elementos externos ao próprio Direito – como acontecia com a tradição do Direito Natural. Desse modo, o Direito, por meio da Constituição, fecha-se com relação ao seu ambiente.

Já no sistema da política, fenômeno similar acontece: a Constituição funciona como elemento legitimizador da vontade política, justificando-a e desamarrando-a da vinculação a fundamentos éticos, religiosos, morais, econômicos etc.

Em síntese, para Luhmann, a Constituição é um elemento funcional na estruturação tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. Entretanto, tal comunhão não significa que ambos a compreendam com o mesmo significado. Para a Política, a Constituição é instrumento de legitimação da vontade soberana. Para o Direito, a Constituição é elemento de fundação das suas normas, sem recurso a um suposto Direito Natural.

Em sua tese de doutorado, intitulada *Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico (2013)*, Ulisses Schwarz se propõe ao estudo e à análise da teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, nos limites do necessário à perquirição e à investigação da peculiar concepção de justiça desenvolvida por Niklas Luhmann em sua teoria sociológica do direito, a qual, por sua vez, está inserida em sua teoria geral dos sistemas e compartilha dos conceitos fundamentais desta, tais como: autopoiese, complexidade, contingência, comunicação, recursividade, redundância, variedade, observação de segunda ordem, cibernética de segunda ordem, autorreferência, heterorreferência e, de modo central, a distinção fundamental entre sistema e ambiente.

Para Ulisses Schwarz, é tema relevante a análise descritiva do conceito de autopoiese, exatamente porque se cuida de elemento que constitui, na fase madura da teoria, todo o eixo de desenvolvimento do pensamento de LUHMANN sobre o direito, a partir da publicação de *Das Recht der Gesellschaft* (1995), obra em que se cristaliza sua compreensão sistêmico-autopoiética do sistema jurídico.

Nas palavras de Ulisses Schwarz,

“pela autopoiese o sistema se (re)produz por seus próprios elementos, ou seja, a autopoiese significa produção do sistema por ele mesmo (LUHMANN, 1997: 97). Como tratado na tese, o conceito da autopoiese centra-se na concepção de um fechamento operacional que permite a distinção entre sistema (System) e ambiente (Umwelt) [...] A inovadora postura teórica de LUHMANN não deixa incólume sua sociologia do direito, isto porque a adoção, em sua teoria dos sistemas sociais do conceito de autopoiese trouxe consigo a questão da autorreferência (Selbstreferenz), da heterorreferência (Fremdreferenz) e da autodescrição (Selbstbeschreibung) do sistema jurídico e de seu fechamento operacional (operative Geschlossenheit) (LUHMANN, 1995: 45-46), o qual pressupõe programas condicionais – normas e procedimentos jurídicos – regidos por uma lógica comunicativa interna sob a égide do código binário do ‘direito x não-direito’, no qual ficaria sem qualquer função o valor binário ‘justo x injusto’.”^[6]

Assim, ao transpor a ideia da autopoiese para sua teoria sociológica, Niklas Luhmann adaptou-a a seu postulado teórico para explicar como os sistemas sociais se produzem, tratando a expressão autopoiese como um derivado do conceito de produção, juntamente com o termo reprodução.

O conceito de autopoiese em Luhmann passa a ser utilizado para explicar tanto a emergência dos sistemas sociais, como também seu desenvolvimento e seus processos operativos, colocando estes aspectos dentro de uma perspectiva de evolução sistêmica.

Ao radicar o conceito da autopoiese em sua teoria, Luhmann formula o elemento central da reprodução autopoietica dos sistemas sociais que está na distinção entre sistema (System) e ambiente (Umwelt).

Em seguida, tece, em sua tese, considerações conceituais acerca dos ‘acoplamentos estruturais’ (strukturelle Kopplungen), nos seguintes termos:

“Para sintetizar a idéia do acoplamento estrutural, Luhmann recorre ao conceito de Interpenetration (interpenetração) entre dois sistemas autopoieticos, em função de que ocasionalmente executam operações sobre os mesmos valores ou valores complementares, que em certas situações fazem que os sistemas operem de modo ‘unificado’.

O acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) deriva da circunstância de que, em dados momentos, ao serem observados de fora, ou seja, por um observador externo, os sistemas se apresentem unificados e em coevolução interdependente. Este fenômeno decorre de eventual compartilhamento de valores mútuos ou complementares. Assim, apesar de se desenvolverem autopoieticamente em sua autorreferência e em seu correspondente fechamento operacional, os sistemas envolvidos criam e recriam programações a partir de suas próprias operações. Em certas situações, para a manutenção da preservação das estruturas e operações, esses mesmos sistemas se colocam diante da contingência de operarem em conjunto e se interpenetrarem, formando o acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) por necessidade de ‘sobrevivência operacional’.

Correlaciona-se a essa ideia a concepção de LUHMANN de que o sistema geral da sociedade se desenvolve e se reproduz na realização dos sistemas funcionais autopoieticos e seus acoplamentos estruturais, os quais geram as necessárias irritações recíprocas

Os sistemas parciais, pelo processo de admissão ou de exclusão das irritações advindas do ambiente, somente podem evoluir conjuntamente na forma do structural drift, o qual viabiliza a criação de estruturas sociais coordenadas.

Por outro lado, exemplos importantes de acoplamentos estruturais mencionados por LUHMANN são o do sistema jurídico com o sistema político por meio da Constituição (Verfassung) (2000: 391), do sistema jurídico com o sistema econômico por meio dos contratos (Verträge). Estes exemplos são esclarecedores da função dos acoplamentos, pois, no caso específico da Constituição, temos uma canalização constante de irritações entre política e direito em torno de temas políticos em sua origem que passam a ser temas de decisões jurídicas, como no caso dos elementos de direito eleitoral constantes fundamentalmente do modelo de democracia (direta ou indireta) e dos modelos de sistemas eleitorais, regrados no texto constitucional, dentre outros temas.

Os acoplamentos estruturais como canais de amplificação das irritações (Irritationen) e estímulos (Reizen) que os sistema se dirigem reciprocamente e que são por eles vistos, por sua perspectiva autorreferencial, como eventos produzidos no ambiente social capazes de promover ressonâncias (Resonanzen) em suas operações autopoietica. Esses estímulos ou irritações sensibilizantes da percepção autorreferente do subsistema, no nosso caso especificamente do sistema jurídico, servem de mecanismos de ativação de sua abertura cognitiva (kognitive Öffnung), o que representam no campo temático desta tese uma possibilidade de sensibilização do sistema para necessidade de processamento redutor da complexidade e da contingência como elementos relacionados à questão da justiça na visão de Niklas LUHMANN, quer seja dentro de sua formulação como adequada complexidade, quer seja como fórmula de contingência.

No contexto temático desta tese, os acoplamentos estruturais surgem como mecanismos de ampliação do que denominamos nesta tese de horizontes da justiça.”^[7]

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que para Luhmann, a Constituição é um elemento funcional na estruturação tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. Todavia, tal comunhão não significa que ambos a compreendam com o mesmo significado. Para a Política, a Constituição é instrumento de legitimação da vontade soberana. Para o Direito, a Constituição é elemento de fundação das suas normas, sem recurso a um suposto Direito Natural.

Quanto ao fenômeno da Autopoiese, Luhmann parte da distinção entre o sistema e seu ambiente (entorno ou mundo circundante). Cada sistema é, portanto, fechado do ponto de vista operacional e organizado a partir de seu código. Logo, não há comunicação entre sistema e seu ambiente (autopoiesis). Todos os acontecimentos externos são codificados e traduzidos pelo sistema a partir de sua linguagem própria. É esse código que permitirá a organização do sistema dotando-o de identidade e diferenciando-o dos demais sistemas sociais.

Por outro lado, consigna Acoplamento Estrutural como o fenômeno que provoca uma “irritação” mútua entre dois sistemas sociais, sendo lido por cada um, à luz de seu código – e por isso, diferentemente. A isso, Luhmann chama de acoplamento estrutural. É sob esse prisma que a Constituição será compreendida. Funcionalmente, então, a Constituição é o produto de um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política. Ao Direito, cabe estabilizar expectativas sociais de comportamento, ou seja, diante de um futuro incerto, a ordem jurídica estabelece condutas que serão esperadas por todos os seus demais membros, forjando uma ideia de previsibilidade.

Todavia, tal relação que se estabelece entre mudança social e expectativas de comportamento se dá de modo idealizado (contrafático). É, justamente, nesse ponto que decorre a necessidade de o Direito “irritar” a Política e vice-versa, permitindo uma separação mútua. De um lado, o Direito parece

depende da Política para dotar de legitimidade suas normas, já que esta faz uso do poder para garantir acatamento social a suas determinações, e com isso, permitir estabilizações. De outro, a Política se utiliza do Direito para diversificar o uso do poder politicamente concentrado.

REFERÊNCIAS

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA. J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo et AL. (Coords.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Disponível em http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/08/artigos/08.pdf. Acessado em 10-07-2018.

VIANA. Schwarz Ulisses. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11062014-110504/pt-br.php>. Acessado em 08-07-2018.

NOTAS:

[1] FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 72.

[2] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 40.

[3] TEIXEIRA. J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. p. 77-78.

[4] CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. p. 171.

[5] CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. p. 172-173.

[6] VIANA. Schwarz Ulisses. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**.

[7] VIANA. Schwarz Ulisses. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**.

DA INAPLICABILIDADE DO DECRETO FEDERAL 9.412/2018 AOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

ANTONIO SÉRGIO BLASQUEZ DE SÁ PEREIRA:

Advogado. Assessor jurídico do Gabinete da Vice-Governadora do Estado do Acre. Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESUMO: O objetivo da análise desenvolvida adiante é propiciar ao operador do direito subsídio jurídico para averiguar as razões que tornam inaplicáveis as disposições do Decreto Federal 9.412/2018 aos Estados, Distrito Federal e Municípios, especialmente considerando a repartição de competências legislativas, bem como o modelo federativo de autonomia estabelecidos e delineados na Constituição Federal. Tem-se a análise por oportuna dada a iminente produção de efeitos jurídicos do ato normativo federal, que em um malfazejo arroubo utilitarista vem sendo equivocadamente interpretado de maneira expansiva. A metodologia utilizada para confecção do artigo foi de análise doutrinária e jurisprudencial dos assuntos que intermedeiam a aplicação de atos normativos secundários, bem como o âmbito de aplicabilidade das normas gerais acerca de licitação e contratos administrativos.

Palavras-chave: Licitações e contratos; atos normativos secundários; normas gerais e específicas; normas nacionais e federais.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Decreto Federal 9.412/2018. 2. Competência Privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. 3. Diferença entre normas de caráter nacional e normas de caráter federal, cuja aplicação é restrita. 4. O poder normativo regulamentar do Chefe do Poder Executivo Federal e a autonomia dos entes federados. 5. O Tribunal de Contas de Mato Grosso e a questão sob análise 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade 132840/2016 TJ/MT. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo se busca evidenciar as razões jurídicas que tornam inaplicáveis os ditames do Decreto Federal 9.412/2018, que segundo sua ementa “atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”, aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O objeto é demonstrar, partindo da análise da jurisprudência e da doutrina, que o aludido normativo espraia efeitos jurídicos restritos somente à União, especialmente considerando sua competência privativa para legislar em caráter geral sobre licitações e contratos, o que faz da atribuição dada pelo art. 120 da Lei n. 8666/1993 ao Presidente da República mero exercício do poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo Federal.

A finalidade da análise é, portanto, render ensejo a possibilidade de identificar conceitos jurídicos genéricos na Lei 8.666/1993, evitando, com isso, que seja conferida interpretação expansiva aos ditames do indigitado Decreto Federal, cujos efeitos jurídicos se aplicam restritivamente à União, pena de afronta ao modelo federativo delineado pelo artigo 18 da Constituição Federal.

1 O DECRETO FEDERAL 9.412/2018

Possui conteúdo breve, contando apenas com dois artigos. O primeiro dispõe que ficam atualizados os valores a que se reportam os incisos I e II do *caput* do artigo 23 da Lei n. 8.666/1993, nos seguintes termos:

- I - para obras e serviços de engenharia:
 - a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
 - b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
 - c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

- II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:
- a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
 - b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais);
 - e
 - c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Visa conferir efetividade ao artigo 120 da Lei 8.666/1993, peça-chave da presente análise, cujo teor *in literis* dispõe que:

Art. 120. Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período.

Mister ressaltar que os valores relativos às dispensas de licitações para obras e serviços de engenharia (art. 24, I), bem como para outros serviços e compras (Art. 24, II), também experimentarão, a reboque, atualização de seus valores máximos. Isso porque o limite pecuniário previsto para as duas dispensas em razão do valor se dá através de cálculo percentual a ser realizado sob os valores do artigo 23, todos da Lei 8.666/1993:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até **10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior**, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até **10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior** e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas

de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

No segundo e último artigo consta disposição de prazo de 30 dias de *vacatio legis*. Dito isto, perquirimos: são os ditames do decreto presidencial aplicáveis aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios?

2 COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica coexistindo harmonicamente sob um mesmo território, é necessária a existência de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdícios de esforços e recursos. A repartição de competências entre os entes federados é o instrumento concebido para esse fim^[1], na medida em que consiste na atribuição, dada pela Constituição Federal, a cada ente editar matérias que lhe sejam próprias, sempre tendo por critério o princípio da predominância dos interesses^[2].

Com efeito, dispõe o artigo 22, XXVII da Constituição Federal que compete privativamente à União legislar sobre **normas gerais de licitação e contratação**, de forma vinculante a todos os demais entes:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral (ADI-MC 927/RS, DJ de 11-11-1994, Rel. Min. Carlos Velloso). Isso porque dentro da lógica de condomínio legislativo estabelecido pela Constituição Federal, cabe aos Estados, ao Distrito Federal,

aos Municípios e a própria União complementar a legislação geral com conteúdos específicos e minudentes, de modo a compatibilizar os ditames gerais às suas peculiares necessidades. Nessa senda, as precisas lições do Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público, Victor Aguiar Jardim de Amorim:

“Com esteio na referida previsão constitucional, lastreada no critério de repartição vertical de competência, caberá à União definir as normas gerais sobre o tema, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante^[3]”.

Assim, necessário ressaltar o critério definidor do alcance da normatização da União no que diz respeito a licitação e aos contratos administrativos, fundado na distinção conceitual havida entre “normas gerais” e “normas específicas”.

Munidos da redação do supracitado artigo 22, XXVII da Constituição Federal, podemos afirmar que quando a União estabelece uma norma verdadeiramente geral, o dispositivo normativo ostenta a condição de lei nacional, sendo aplicável indistintamente a todos os entes federados. De outra banda, sempre que a União criar uma “norma específica” sobre licitações e contratos, o dispositivo normativo só terá âmbito de aplicação federal.

A Lei 8.666/1993 foi pretensamente a norma geral editada pela União, que numa demonstraçãoomezinha de atecnia legislativa e de sobreposição do modelo federativo estabelecido e bem delineado pelo artigo 18 da Constituição Federal, foi muito além da atribuição legislativa que lhe foi outorgada.

Aliás, em que pese a autonomia federativa importar, necessariamente, descentralização do poder administrativo e político (MENDES, 2015, p. 814), o referido avanço legiferante sobreleva o que há muito é denunciado por importantes juristas: nosso federalismo (que não é simplesmente *dual*, mas de

terceiro grau, dada a existência dos Municípios) é, contraditoriamente, impregnado de ares próprios de um Estado unitário.

Fato incontestado, porém, é que com o advento da legislação ordinária se esperava fosse editado verdadeiro caderno legislativo contendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pudessem toma-la como norte para estruturar suas próprias leis, em observância de suas peculiaridades.

Não foi o legislado, porém.

Nos dizeres da saudosa Professora Alice Gonzalez Borges (1993, p. 98) o que emergiu ao primeiro exame da norma ansiosamente esperada foi uma grande e generalizada frustração nacional, na medida em que se esperava um diploma eficaz e o que foi constatado foi deveras um “Frankstein mal costurado”:

“Porque é malfeita. Sendo por demais prolixa e minudente, amarra extremamente, com detalhes excessivos e distanciados da realidade, os Estados, Municípios e Distrito Federal, no trato de questões em que devem exercitar suas autonomias constitucionais para cuidar de suas especificidades locais^[4]”.

No mesmo sentido é a crítica de Niebuhr (2015, p. 67), para quem a Lei 8.666/93, principal diploma normativo sobre licitações e contratos:

“[...] é o maior sintoma da incompetência técnica do legislativo, que prescreve normas contraditórias, desconexas, que não preservam caráter sistêmico e cujo teor enseja toda sorte de dubiedades. Enfim, a legislação sobre licitação pública é péssima e dificulta sobremaneira a atuação dos seus intérpretes, especialmente dos agentes administrativos^[5]”.

3. DIFERENÇA ENTRE NORMAS DE CARÁTER NACIONAL E NORMAS DE CARÁTER FEDERAL, CUJA APLICAÇÃO É RESTRITA

Deveras a Lei 8.666/1993 (dita Federal, mas em sua gênese Nacional) é recheada de inconsistências capazes de suscitar das mais singelas as mais complexas sortes de dificuldades.

Quanto a distinção conceitual entre “norma nacional” e “norma federal”, nos ensina Geraldo Ataliba *apud* Carmona (2010, p. 56) que:

“a) lei nacional - veicula normas gerais, é produto legislativo do Estado federal, transcende à esfera de qualquer pessoa política; b) lei federal - vincula todo aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas[6]”.

Leciona, a propósito, Marçal Justen Filho (1993, p. 13) que "como dito, apenas as normas 'gerais' são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante[7]". O professor Victor Aguiar Jardim Rodrigues no mesmo sentido ao aduzir que “[...] o que desbordar dessa legislação em caráter de “norma geral” será de aplicação específica para a Administração Pública Federal”.

Pois bem.

A já referenciada Alice Gonzalez Borges, citada pelo Relator da ADI-MC 927 no STF, Ministro Carlos Velloso, assenta que “normas gerais”, verdadeiras leis nacionais dada sua abrangência:

“[...] são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas”, pelo que “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam”.

Em sede de conclusão acerca do que são normas gerais, arremata a jurista:

"[...] são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeitos a seus comandos genéricos, básicos".

Fernanda Marinela (2010), em sentido semelhante propugna:

"[...] são normas gerais os preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, enfim, os critérios básicos conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria[8]".

Contrariu sensu, Celso Antonio Bandeira de Mello nos ensina que:

"[...] normas que estabelecem particularizadas definições, que minudenciam condições específicas para licitar ou para contratar, **que definem valores, prazos e requisitos de publicidade [...] menos ainda serão normas gerais**, salvo no sentido de que toda norma - por sê-lo - é geral[9]".

Destaque-se que Bandeira de Mello, não por coincidência, considera que normas que digam respeito a valores e requisitos de publicidade **não são normas gerais**, justamente porque adentram em "detalhamentos e pormenores" - para usarmos a expressão da Professora Alice Gonzalez.

O Decreto Federal n. 9.412/2018 visa regulamentar exatamente disposição do artigo 120 da Lei 8.666/1993, que dispõe *in literis que*:

"**Os valores** fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, **que os fará publicar no Diário Oficial da União**, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado".

Vê-se, pois, o conteúdo próprio de dois requisitos que temos por específicos: valores e requisitos de publicidade. Pelo seu conteúdo minudente e preciso, não guardam correlação de generalidade, não podendo, pois, ostentar a categoria de *standarts* jurídicos coincidentes com a competência legislativa privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação. É de se concluir: o art. 120 da Lei 8.666/1993 não guarda generalidade em suas disposições, antes senão matéria pontual e procedimental atinente a valores e requisitos de publicidade, exatamente como exposto pelo Professor Bandeira de Mello. Com efeito, as disposições do Decreto Federal n. 9.412/2018, ato normativo secundário regulamentar, se aplicam tão somente à União.

Ademais, a jurisprudência é remansosa em reconhecer que a Lei 8.666/1993 possui normas nacionais e federais, tanto que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que alguns dispositivos da Lei 8.666/1993 possuem aplicabilidade restrita à União, vide julgado na ADI-MC 927; isso porque conquanto seja o diploma legislativo um todo unitário, a análise de aplicabilidade de seus dispositivos se dá em cotejo com cada disposição normativa singularmente considerada e não, por evidente, com o todo legislado.

4. O PODER NORMATIVO REGULAMENTAR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS

Sem prejuízo do conteúdo minudente da disposição do artigo 120 da Lei 8.666/1993 nos conduzir a inaplicabilidade do Decreto Federal n. 9.412/2018 em âmbito estadual, distrital e municipal, por outras razões jurídicas também não há que se falar em aplicabilidade expansiva do indigitado Decreto.

Consabido que a Constituição Federal previu no artigo 84, *caput*, inciso IV a competência privativa do Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Trata-se do chamado “poder regulamentar”, que nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 60) é formalizado, em suma, pela expedição de decretos e regulamentos. Entrementes, malgrado a grafia do artigo 84, IV da Constituição Federal fazer alusão a figura do “Presidente da República”, fato

indene de dúvidas é que, dado o modelo de autonomia dos entes federados, o dispositivo constitucional deve ser lido sob o pálio do princípio da simetria:

“Nesse sentido é que o art. 84, IV, da Constituição Federal dispõe que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Pelo princípio da simetria constitucional, o mesmo poder é conferido a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos objetivos^[10]”.

Assim, sempre que dada lei prever a competência para o Chefe do Poder Executivo Federal editar ato normativo secundário cujos efeitos jurídicos potencialmente atingirão a esfera da capacidade de auto-regulamentação de outros entes, devemos nos socorrer dos ditames da Constituição Federal, cuja enunciação das competências materiais e legislativas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios se encontra bem disposta, sem o que não haverá que se falar em legalidade integral do ato normativo secundário^[11].

Sobre este tipo de regulamento, ensina Geraldo Ataliba (1969):

“Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República - ou Chefe do Executivo, em geral, Governador e Prefeito - a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la^[12]”.

Não sem razão.

Embora a federação brasileira possua características *sui generis*, com forte concentração de competências legislativas e materiais na pessoa da União é evidente que o Presidente da República não possui atribuição constitucional para expedir decretos e regulamentos com aplicação invasiva no âmbito dos

estados, do Distrito Federal e municípios, a quem a Constituição Federal também assegurou tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração (MORAES, 2015, p. 293).

Sem razão, portanto, falarmos na expansibilidade dos efeitos do Decreto Federal n. 9.412/2018 a entes outros que não a União. A um porque, como dito e repisado, a Constituição Federal prevê a autonomia dos entes federados, os protegendo da ingerência exógena. A dois porque, conquanto a lei seja expressão do poder político do Estado, o decreto presidencial, por sua vez, é simples manifestação de poder regulamentar, esse último calcado em uma relação de direito administrativo que pressupõe hierarquia – naturalmente ausente entre os entes federativos ante o exposto no art. 18 da Carta Maior.

Entender de maneira contrária é malferir o pacto federativo, eis que a partilha da competência dos ramos materiais da administração pública é, por sua natureza, de normalíssima dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Conforme as lições de Diogo de Figueiredo Moreira:

“Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas essas entidades têm sua auto-administração assegurada pelo princípio da autonomia federativa.

É, portanto, em decorrência desse princípio fundamental das federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é sempre uma exceção à sua auto-administração, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços.

Essa é a razão pela qual só pode prevalecer se estiver inequivocamente explicitada no próprio texto constitucional e apenas nos limites expressos, inadmitindo-se cerceamento de poderes federativos por extensão interpretativa. Em outros termos: cada

entidade pública legislará ampla e autonomamente sobre seu próprio direito administrativo, salvo naquelas matérias instrumentais que hajam sido unificadas, em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, visando a um tratamento nacional homogêneo e dentro dos limites expressamente definidos, pois aí temos uma intervenção genérica, a ser aplicada sempre restritivamente.

Essas exceções condicionadoras da autonomia político-administrativa dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios se encontram disseminadas por todo o texto da Constituição de 1988, assim como já continham nas anteriores cartas republicanas, embora deva-se registrar o seu aparecimento em maior número e com maiores detalhes, o que parecer confirmar indicando um tendência histórica à unificação nacional do direito administrativo. Assim é que, entre dezenas de normas de condicionamento federativo da administração pública, também o art. 22, embora dirigido, no seu todo, ao propósito de partilhar a competência substantiva de administração externa, trata, em quatro incisos, de interferências de cunho homogeneizador na matéria de administração interna. São as seguintes: diretrizes a política nacional de transportes (inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV) e, no tocante à administração interna, de modo especial, as normas gerais de licitação e de contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (inciso XXVII)^[13].

Nessa toada, mister frisar que o indigitado Decreto foi editado pelo Presidente da República no uso das atribuições que lhe confere o artigo

84, *caput*, inciso IV da Carta Maior, dispositivo constitucional que lhe outorga, na condição de Chefe do Poder Executivo Federal, a competência privativa para expedir decretos regulamentares, a ver:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Não se pode admitir, sob pena de quebrar a coerência do sistema federativo, que a norma do art. 120 da Lei nº 8.666/93 possa ser conceituada como norma geral, pois teria o Legislador Nacional delegado ao Poder Executivo Federal competência indelegável, mormente porque autorizaria o Chefe da União a regulamentar sobre matéria que afeta todos os demais entes da federação, vulnerando o poder de autorregulamentação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Reforçando a conclusão, Marçal Justen Filho (2010, p. 16) dispõe que:

“Seria inconcebível que a Constituição tivesse consagrado inúmeras regras e princípios acerca da Federação e, simultaneamente, outorgasse à União competência para estruturar o funcionamento dos outros entes federais. Aliás, se tal vontade constitucional existisse, exteriorizar-se-ia em disposições de grande relevo e relacionadas com a organização federal brasileira. Isso não ocorreu e a Constituição, ao disciplinar sobre Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvou de modo explícito sua autonomia interna em face da União^[14]”.

O Supremo Tribunal Federal em memorável passagem em que se insculpiu verdadeiro vetor hermenêutico do pacto federativo, deixou assente no julgamento da ADI 4060/SC que:

“1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências

normativas da União (sejam privadas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal [...] 3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

ADI 4060 - Relator: Min. Luiz Fux – Tribunal Pleno – 4.5.2015.

5 O TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO E A QUESTÃO SOB ANÁLISE

Tem-se conhecimento de que a questão foi levada à consulta pelo Município de Campos Júlio ao Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.

A Corte de Contas estadual chegou a conclusão de que o artigo 120 da Lei 8.666/1993 possui caráter híbrido: tanto nacional quanto federal. Nacional na parte em que prescreve o indexador de reajuste (variação geral dos preços do mercado) e sua periodicidade de reajuste (anual). No mais, o dispositivo guarda conteúdo específico, assistindo aos Chefes do Poder Executivo, cada qual no âmbito de suas atribuições, a edição de decretos regulamentares de atualização dos valores. Veja-se excerto do julgado:

“h) O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste. i) Os Chefes do Poder Executivo poderão atualizar monetariamente os valores fixados pela Lei nº 8.666/1993, tão somente com base no indexador e na periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 12.174-6/2014”.

6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 132840/2016 TJ/MT

A celeuma aqui tratada, encabeçada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso ganhou ares forenses quando da edição de diversos normativos municipais mato-grossenses calcados no artigo 120 da Lei 8.666/1993, v.g., Lei. 2053/2015 do Município de Campo Verde, com a seguinte ementa:

“DISPÕE SOBRE A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS, DE FORMA SUPLEMENTAR À LEI FEDERAL 8.666/1993, DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 17/2014-TP DO TCE/MT, E DÁ PROVIDÊNCIAS CORRELATAS”.

Em brilhante voto-vista vencedor, o Desembargador Paulo da Cunha asseverou que:

“Todavia, a norma que estabelece os tetos de faixas licitatórias para cada modalidade de licitação não se confunde com a norma que atualiza monetariamente os valores historicamente fixados como tetos de faixas licitatórias. A meu ver, a norma do art. 23 é norma geral, mas a norma que aplica medida anti-inflacionária nos tetos de faixas licitatórias estabelecidas no art. 23 da Lei nº 8.666/93 pode ser qualificada como norma específica”.

Continuando a proferir suas razões, o vogal fez constar com muita propriedade que a norma geral fez exigência relativa a existência do teto máximo para cada modalidade de licitação, não havendo exigido, entretanto, que o valor deste teto fosse corrigido monetariamente para todos os entes federados nem que a correção antiinflacionária fosse idêntica, a ver:

“Exigiu a norma geral que as modalidades de licitação fossem determinadas em função de um teto máximo. Não exigiu, todavia, que o valor deste teto máximo fosse corrigido monetariamente para todos os entes federados nem que a correção antiinflacionária fosse idêntica.

As normas impugnadas na presente ação não tratam do cumprimento de preceitos fundamentais de licitações

e contratações públicas, não traçam diretrizes, não falam de princípio geral, não tratam de modalidade licitatória, não tratam de direitos dos licitantes, não dispõem sobre igualdade de condições de todos os concorrentes, não criam restrições à licitação, não criam espécie de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Pura e simplesmente, as normas municipais alegadamente inconstitucionais atualizam o valor histórico para as hipóteses previstas no art. 23 da Lei nº 8.666/93”.

A ementa do referido julgado restou assim lavrada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DE MUNICÍPIOS MATOGROSSENSES QUE ATUALIZARAM OS VALORES LIMITES DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS PREVISTOS NO ARTIGO 23 DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS). CONCEITO DE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 193 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES (CF, ART. 22, XXVII). AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS NORMAS MUNICIPAIS IMPUGNADAS PORQUE PROMOVERAM MERA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES PREVISTOS NA LEI NACIONAL. CONCEITO DE FEDERAÇÃO. AUTORREGULAMENTAÇÃO MUNICIPAL QUE TEM RESPALDO NAS AUTONOMIAS CONFERIDAS AOS ENTES FEDERADOS PELO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS COLETIVIDADES AUTÔNOMAS.

1) A Constituição Federal de 1988 é clara ao franquear aos estados e municípios a competência para legislarem sobre normas específicas em matéria de

licitações e contratos administrativos, uma vez que a competência privativa da União Federal restringe-se à legislação sobre normas gerais (CF, art. 22, inc. XXVII).

2) A norma que estabelece os tetos de faixas licitatórias para cada modalidade de licitação, prevista no art. 23 da Lei 8.666/93, é norma geral, uma vez que a matéria exige uma uniformização nacional. De outro lado, não há confundir esta norma geral com a norma que atualiza monetariamente os valores historicamente previstos como tetos de faixas licitatórias.

3) As normas impugnadas na presente ação não tratam do cumprimento de preceitos fundamentais de licitações e contratações públicas, não traçam diretrizes, não falam de princípio geral, não tratam de modalidade licitatória, não tratam de direitos dos licitantes, não dispõem sobre igualdade de condições de todos os concorrentes, não criam restrições à licitação, não criam espécie de dispensa ou inexigibilidade de licitação. As normas municipais impugnadas apenas aplicaram medida anti-inflacionária nos tetos de faixas licitatórias estabelecidas no art. 23 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e, portanto, devem ser qualificadas como normas específicas.

4) O art. 120 da Lei 8.666/93, na parte em que estipula periodicidade e índice de revisão de valores monetários, é norma que deriva da competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário (art. 22, inc. VI, da CF/88). Todavia, na parte que estipula a competência para o reajuste ao Poder Executivo Federal, a fim de respeitar as autonomias dos demais entes federativos consagradas no art. 18 da CF/88, reconhece-se sua incidência apenas para as licitações e contratos administrativos a serem firmados pela Administração Pública Federal.

5) Nessa lógica, havendo lei estadual, distrital ou municipal, autorizando o respectivo Chefe do Executivo a

promover a revisão anual pelo IGPM dos valores fixados na Lei 8.666/93 – para licitações e contratos administrativos de cada ente federativo distintamente – estar-se-ia cumprindo o disposto no art. 18 da CF/88.

6) Caso concreto em que, ao invés de editarem lei autorizando os respectivos Prefeitos a revisarem, anualmente, pelo IGPM, os valores ficados na Lei 8.666/93 – para as licitações a serem realizadas no âmbito territorial de cada Município -, levaram a própria matéria da revisão à competência da Câmara de Vereadores, promovendo a revisão monetária por lei.

7) Vício de inconstitucionalidade que não se verifica, uma vez que as normas municipais impugnadas afirmam o conteúdo jurídico do princípio federalista, em especial, do princípio da autonomia das coletividades autônomas, que integram o conceito de Federação, estejam ou não expressos na Constituição. (ADI 150173/2016, DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 23/03/2017, Publicado no DJE 22/06/2017)

(TJ-MT - ADI: 01501739720168110000 150173/2016, Relator: DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, Data de Julgamento: 23/03/2017, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 22/06/2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da leitura, análise e reflexão do exposto, é possível concluir que o artigo 120 da Lei 8.666/1993 é disposição legislativa que deve ser interpretada de acordo com o princípio da simetria constitucional, na medida em que não encerra em si conteúdo genérico apto a vincular outros entes federados. O Decreto Federal n. 9.412/2018, por conseguinte, possui âmbito de aplicação restrito aos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, não se aplicando, pois, à administração direta ou indireta dos Estados, do Distrito

Federal ou dos Municípios, cujos Chefes do Poder Executivo possuem competência administrativa para, cada qual, editar o ato normativo infralegal a que se refere o artigo 120 da Lei 8.666/1993. Devem observar, contudo, dois requisitos insculpidos no próprio indigitado artigo, quais sejam: periodicidade anual do reajuste e seu indexador de reajuste, sendo este a variação geral dos preços do mercado.

Acaso os entes federados optem por atribuir ao Decreto Federal n. 9.412/2018 efeito expansivo, por questões malfazejas utilitaristas, estarão eles próprios mitigando a autonomia conferida pela Constituição Federal às coletividades autônomas, com deletérios efeitos ao modelo de repartição de competências instituído e delineado pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos estados. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 194:97-106, out./dez. 1993.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos? Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos#author>>. Acesso em 17/07/2018.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. Revista de direito administrativo, v. 97, p. 21-33, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DE MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 31ª edição. São Paulo: EditoraAtlas, 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Licitações, RDP 83/16.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva Educação S/A, 2015.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectivas de novos projetos modernizadores, R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 189:39-57, jul./set. 1992.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

NOTAS:

[1] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva Educação SA, 2015, p. 815.

[2] Diversos precedentes do STF nesse sentido, a ver: [ADI 750](#), rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-8-2017, P, *DJE* de 9-3-2018, [ADI 3.813](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 12-2-2015, P, *DJE* de 20-4-2015, [ADI 3.112](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2-5-2007, P, *DJ* de 26-10-2007.

[3] AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos? Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos#author>>. Acesso em 17/07/2018.

[4] ALICE GONZALES BORGES, Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos estados. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 194:97-106, out./dez. 1993, p. 98.

[5] NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 67.

[6] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 56.

[7] FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". Rio de Janeiro: Ed. AIDE, 1993, p. 13.

[8] MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

[9] *Licitações, RDP 83/16.*

[10] FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28^a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 58.

[11] Note-se que vício, se porventura existente, é de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. A respeito do tema, leciona Luís Roberto Barroso: "Atos normativos secundários. Atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (I) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação". (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181).

[12] ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. Revista de direito administrativo, v. 97, p. 21-33, 1969.

[13] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectivas de novos projetos modernizadores, R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 189:39-57, jul./set. 1992, p.p.42 e 43.

[14] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Saraiva, 2010, p. 16.

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E O DELEGADO DE POLÍCIA NA VISÃO DO STF

TIAGO BALTAZAR FERREIRA DANTAS:

Graduado em Direito pela faculdade Veiga de Almeida (2011), Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal, Pós graduado em Direito Público, Pós graduado em Gestão de Segurança Pública. É Delegado de Polícia no Estado do Paraná/PR. Professor .

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar, que com o julgamento da ADI 5.508 pelo plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), veiculado no informativo 907, a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), notadamente no ponto em que confere aos Delegados de Polícia a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada.

Palavras-chave: legitimidade; delegado; colaboração premiada.

ABSRTACT: The present work intends to demonstrate that with the trial of the ADI 5.508 by the plenary of STF (Supremo Tribunal Federal), served on thePalavras-chave: legitimidade; delegado; colaboração premiada. informative 907, the constitutionality of the paragraphs 2 and 6 of the article 4 of the Law n 12850/13 (Law of The Criminal Organizations), especially on the point that designates to the police chief the possibility to make deals of plea bargain.

Keywords: legitimacy, police chief, plea bargain.

1. INTRODUÇÃO

Ante a uma nova realidade, é certo que o direito penal tem procurado se reinventar, no intuito de propor um enfrentamento adequado à criminalidade moderna, forte que seus mecanismos tradicionais pouco ou nada conseguem face à complexidade das organizações criminosas.

Desta feita, entrou em vigor no dia 02/08/2013, a Lei n. 12.850, chamada Lei das Organizações Criminosas, que, a par de instituir novos crimes

tipicamente cometidos por associações delituosas dessa natureza, também estabeleceu, em seu artigo 3º, uma série de técnicas especiais de investigação, mecanismos tendentes à obtenção de prova próprios à elucidação de fatos envolvendo a criminalidade organizada. Para a finalidade do presente trabalho, destaca-se a figura da colaboração premiada (art. 3º, I).

1.1 Colaboração premiada e Justiça negocial

O comportamento de entregar cúmplices e colaboradores da atividade delituosa no momento da persecução penal, seja com o intuito de mitigar a própria responsabilidade, seja para alcançar algum grau de compreensão ou condescendência do interlocutor, não constitui propriamente novidade no processo criminal, verificando-se mesmo com bastante frequência na práxis. O que se pretende com a colaboração premiada é identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas, Revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, Recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. Prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. Insta consignar que reitero que basta que um desses cinco objetivos seja atingido para que o colaborador tenha direito ao benefício, ou seja, não são cumulativos.

A colaboração premiada, portanto, na possibilidade de se conceder benesses previamente descritas na lei a criminosos que se mostrem dispostos a colaborar com o Poder Público na elucidação de atividades delituosas, aqui necessariamente relacionadas a organizações criminosas, e desde que, com seu comportamento, seja possível alcançar determinados objetivos (art. 4º, I a V) da lei 12.850/2013.

Os desafios da criminalidade moderna exigem uma resposta excepcional do Estado, com a devida adequação do processo persecutório penal à realidade dos fatos e modos de atuação característicos dos delinquentes atuais. O rigorismo conceitual e técnico da dogmática tradicional, se negligenciadas as demandas peculiares da criminalidade organizada, não são capazes, de per si, de fornecer uma resposta adequada à sociedade, daí

porque se faz necessário recorrer a mecanismos processuais pouco mais ou menos inovadores no ordenamento nacional.

Com a crescente criminalidade do colarinho branco (*white-color crime*) em nosso Estado e os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil com a Convenção das Nações Unidas e outros tratados internacionais, o Brasil se viu obrigado a editar uma lei que fosse capaz de tratar de forma mais rigorosa os crimes perpetrados por organizações criminosas, posto que são de difícil elucidação, tendo em vista que a grande maioria das infrações são praticadas às portas fechadas, denominados como crime de escritório, de grandes empresas e até mesmo repartições públicas, por seus autores e coparticipantes, tornando mais difícil a investigação.

Para que a investigação obtenha sucesso, é necessário de algumas técnicas especiais de investigação, dentre elas o instituto da delação premiada, infiltração de agentes, interceptação ambiental, interceptação telefônica.

Foi editada a Lei 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa - que pormenorizou os meios de investigação criminal, meios de obtenção de prova, trouxe novas infrações penais e procedimento especiais em técnicas de investigação, dentre elas o instituto da colaboração premiada.

Como já dissemos alhures, o objetivo desse trabalho não é esgotar a Lei de Organização Criminosa e sim abordar um instituto de grande relevância, e que vem sendo bastante aplicada em casos concretos, que é o acordo de delação premiada, contudo, formalizado apenas, Delegado de Polícia, isto é, com a simples manifestação do Ministério Público, sem que seu parecer torne-o vinculante para a concessão do benefício.

De plano, insta salientar que a Lei 12.850/2013, especificamente em seus arts. 4º, §§, 2º e 6º foram objetos de uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508) no Supremo Tribunal Federal, proposta pelo então Procurador-Geral da República em face de alguns dispositivos da lei, (serão abordados adiante), no sentido de que não poderia o Delegado de Polícia, sem o parecer vinculante do Ministério Público, endossando a avença. Os dispositivos são os seguintes:

Art. 4º O **juiz** poderá, a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3** (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, **e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador**, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, **que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.**

Antes de entrarmos no tema propriamente dito, é imperioso deixar claro os conceitos e a natureza jurídica da colaboração premiada, porquanto sua natureza é importante para a defesa dos argumentos trazidos nesse trabalho.

1.2 COLABORAÇÃO PREMIADA X DELAÇÃO PREMIADA

A Colaboração premiada é um mecanismo previsto na legislação por meio do qual o investigado ou acusado de uma infração penal colabora, efetiva e voluntariamente, com a investigação e com o processo, recebendo, em

contrapartida, benefícios penais. Uma das formas de colaboração premiada é a delação dos coautores ou partícipes.

A delação premiada é uma espécie do gênero "colaboração premiada". Ocorre quando o investigado ou acusado decide colaborar com as autoridades delatando os comparsas, ou seja, apontando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais.

Exemplo de colaboração premiada que não é delação premiada: o autor confessa a prática do crime e não delata nenhum comparsa. No entanto, ele fornece todas as informações necessárias para que as autoridades recuperem o dinheiro desviado com o esquema criminoso e que se encontrava em contas bancárias no exterior. Assim, toda delação premiada é uma forma de colaboração premiada, mas nem sempre a colaboração premiada será feita por meio de uma delação premiada.

1.3 COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A colaboração premiada é uma espécie que se insere no contexto maior do Direito Penal Premial, cuja natureza é de gênero.

O Direito Penal premial é agrupamento de normas de atenuação ou remissão da pena com o objetivo de premiar e assim incentivar comportamentos de desistência e arrependimento eficaz de comportamento criminoso ou mesmo de abandono futuro de atividades delitivas e colaboração com as autoridades de persecução criminal na descoberta de atos criminosos já praticados ou, eventualmente, o desmantelamento da organização criminosa a que pertença o acusado.

No âmbito brasileiro, é possível dizer que a colaboração premiada tem forte inspiração na legislação penal italiana (*patteggiamento*). Também que guarda semelhança com o direito anglo-saxão (*pleabargaining*) e com o direito inglês (*supergrass – crownwitness*: "testemunha da Coroa").

A colaboração premiada consiste no meio especial de obtenção de prova-técnica especial de investigação – por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os

órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime. À materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas.

O instituto da colaboração premiada é também entendido por cooperação premial, chamamento de corréu, pacto premial e delação confessoria.

A colaboração premiada que como já vimos é gênero e tem como uma de suas espécies a delação, que além de o investigado confessar a prática delitiva praticado através da organização criminosa ele aponta demais autores e partícipes dos eventos criminosos. Assim dispõe o art 4º da lei 12.850/2013:

Quanto a sua natureza jurídica depreende-se tratar-se de negócio jurídico processual personalíssimo voltado para a obtenção especial da prova, ou seja, meio de obtenção de prova e isso está expresso na Lei de Crime Organizado:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes **meios de obtenção da prova**:

I - colaboração premiada;

Também é o entendimento do STF quanto a natureza jurídica da delação ser meio de obtenção de prova:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "**meio de obtenção de prova**", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa

colaboração. (STF, Pleno, habeas corpus 127.483 , rel.Min. Dias Tóffoli, julgamento em 27.08.2015.).

A colaboração é um **meio de obtenção de prova** cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição (não exige autorização judicial), diferentemente do que ocorre nas interceptações telefônicas ou na quebra de sigilo bancário ou fiscal. Nesse sentido, as tratativas e a celebração da avença são mantidas exclusivamente entre o Ministério Público e o pretenso colaborador. O Poder Judiciário é convocado ao final dos atos negociais apenas para aferir os requisitos legais de existência e validade, com a indispensável homologação. (STF. Plenário. Pet 7074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/6/2017).

O Código de Processo Penal também elenca como meio de obtenção de prova os exames de corpo de delitos em geral, interrogatório, a confissão, perguntas do ofendido, reconhecimento de coisas e pessoas, as testemunhas, indícios, acareação, etc.

Como sendo meio de obtenção de prova é mais uma ferramenta colocada à disposição da polícia judiciária para o desenvolvimento de sua atribuição. A própria constituição afirma em seu Art.144, §1º a função de investigar a ocorrência de crimes, logo não seria nada inconstitucional o acordo de delação firmado entre o delegado de polícia e o investigado, posto que é mais uma técnica de investigação, não podendo ficar à mercê do aval ou não do Ministério Público para que realizar esse negócio jurídico processual.

A colaboração premiada é mecanismo situado no cumprimento das finalidades institucionais da Polícia Judiciária.

2. Da possibilidade de acordo pelo Delegado de acordo com o STF

A problemática perpassa se o Delegado de Polícia poderia celebrar o acordo de colaboração premiada com o investigado do crime e seu advogado, pedir junto ao juízo a concessão de perdão judicial, com a consequente

extinção do perdão judicial ou a redução de pena, sem que o parecer ministerial fosse vinculante.

Os argumentos do Ministério Público foram no sentido de que isso afrontaria diversos dispositivos constitucionais e legais, como por exemplo o sistema acusatório, o devido processo legal a titularidade do MP da ação penal pública (art. 129, I CF/88) e a falta de legitimidade do Delegado de Polícia e a violação da moralidade administrativa.

A ação (ADI 5508) impugnava as expressões “e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público” e “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso”, contidas nos referidos dispositivos, que conferem legitimidade ao delegado de polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada.

Ocorre que no dia 20/06/2018, o STF, através do Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta para assentar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º, da Lei 12.850/2013, a qual define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Ficou decidido que o o Delegado de Polícia tem sim legitimidade para propor acordo de colaboração premiada, na fase do inquérito policial, desde que haja parecer do MP, mas que esse parecer não vincularia o juízo no momento da homologação, ou seja, ainda que o órgão ministerial discordasse da proposta firmada pelo Delegado de Polícia e o investigado, o juiz não estaria vinculado aos argumentos contrários trazidos pelo *parquet*. Os argumentos usados no acordão serão explanados ao longo deste artigo.

2.1 DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições (presença de contraditório), e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções investigar, de acusar e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium penonarum*.

Em relação à gestão da prova, recai precipuamente sobre as partes. Na fase investigatória, o juiz só deve intervir quando provocado, e desde que haja necessidade de intervenção judicial. Durante a instrução processual, prevalece o entendimento de que o juiz tem certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que o faça de maneira subsidiária.

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa (paridade de armas), e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, para garantir a imparcialidade do julgador, que é ponto nodal do sistema acusatório. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

De fato, o sistema acusatório foi sim adotado pelo ordenamento jurídico, estampado na Constituição da República, em seu artigo 129, I – onde confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Com a adoção de tal sistema as funções de investigar, processar e julgar, pois são bem delienadas para cada uma das instituições, ou seja, cada um tem sua relevância dentro do cenário de justiça. A polícia investiga, o Ministério Público propõe a ação penal e o juiz julga o caso concreto.

Diante dessa premissa, não é nos importante é a função dos Delegados de Polícia, onde também tem suas atribuições constitucionais e legais, de acordo com o artigo 144, §4ºCF/88.

No campo infraconstitucional a Lei 12.830/2013, normatiza a investigação criminal realizado pelo Delegado de Polícia e diz que esta autoridade exerce uma das funções do estado, inclusive jurídica:

Como se percebe o Delegado de Polícia tem uma função de grande relevância no cenário jurídico, pois é esta Autoridade que tem atribuição exclusiva para presidir o inquérito policial, que, via de regra, onde se inicia a *persecutio criminis*, até porque, não é praxe se iniciar uma ação penal sem o devido inquérito policial.

Esta autoridade – Delegado de Polícia - tem legitimidade para representar pela preventiva, temporária, medidas cautelares assecuratórias (p. ex. Sequestro), interceptação telefônica, busca e apreensão, logo não seria razoável a negativa da propositura de um acordo de colaboração premiada, com tais argumentos, afinal está expressamente na lei que ele pode representar, durante o inquérito policial pelo acordo de colaboração premiada.

Como se percebe, nenhuma das autoridades da justiça têm mais importância que a outra, as atribuições e competências estão bem delineadas de forma constitucional.

A grande verdade é que as instituições, seja o Ministério Público seja a polícia judiciária, através das Polícias Cíveis e a Polícia Federal, deveriam atuar em cooperação com a justiça e não com supostas oposições entre as instituições, buscando a eficiência do sistema jurídico brasileiro.

Abordaremos os dois argumentos, a favor e contrário a possibilidade de acordo da delação pelo Delegado de Polícia e após isso firmaremos o que decidiu o STF e a nossa posição.

Os defensores da tese pela impossibilidade é no sentido de que faltaria ao Delegado de Polícia legitimidade para pleitear as medidas dispostas na lei. Nesse sentido Renato Brasileiro de Lima (2017, pág.783) diz que faltaria ao Delegado de Polícia legitimidade e capacidade postulatória, posto que a Lei 12.850/2013 tem de ser homologada pelo juiz (art. 4º,§7º), *in verbis*.

“De mais a mais, ainda que o acordo de delação premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual resta evidenciada a partir do momento em que a própria Lei 12.850/2013, impõe a necessidade de homologação judicial”.

Outro argumento é no sentido de que o sistema processual brasileiro não admite que o Delegado de Polícia determine o arquivamento dos autor do inquérito policial, não seria possível admitir agora a atuação para propor a extinção da ação penal em relação a determinados agentes, viabilizar a imposição de pena a determinado agente reduzindo ou substituindo por restritivas de direitos.

Quanto a esse primeiro argumento – de que o delegado não teria capacidade postulatória, não merece prosperar. Verdade que capacidade postulatória é um termo técnico para atuar em juízo, com partes contrárias e com observância ao contraditório e ampla defesa e outros princípios constitucionais e processuais imanentes. Porém, ao Delegado de Polícia é conferida legitimidade para representar ao juiz por algumas medidas cautelares como já dito alhures, sejam pessoais (prisão processual ou medias cautelares diversas da prisão quando esta não se mostrar necessária), cautelares reais (arresto ou sequestro de bens) ou probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica, etc).

Ocorre que o termo técnico para o Delegado se valer das cautelares seria o instituto da representação, destarte, funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma informação ao Poder Judiciário. Ao representar, o Delegado de Polícia *apresenta, expõe* ao Juiz os fatos e fundamentos que demonstram e justificam a necessidade da decretação de uma medida cautelar ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável à solução do caso investigado.

A representação se perfaz como um meio de provocação do Juiz, tirando-o da sua inércia e obrigando-o a se manifestar sobre alguma questão sujeita à reserva de jurisdição, ou seja, àquela em que cabe ao poder judiciário não só a última, como também a primeira. Desse modo, levando-se em consideração que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, a representação

serve de instrumento à preservação do próprio sistema acusatório. Trata-se, portanto, de um ato jurídico-administrativo de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia.

Ora, como sabemos, ao Juiz não é conferida a sua atuação de ofício no curso do inquérito policial, por afrontar, como vimos acima - o sistema acusatório previsto no art. 129, I da CF/88. Conquanto não haja nenhum dispositivo expresso na adoção desse sistema, a doutrina e a jurisprudência são assentes no sentido de que o sistema processual adotado no Brasil foi o acusatório.

Essa legitimidade para representar em juízo é o que se denomina de capacidade *postulatória imprópria*, ou seja, uma legitimação em razão do cargo ocupado pelo Delegado de Polícia. A regra, de fato, é a de que as medidas cautelares sejam postuladas pelas partes. Contudo, nada obsta que o legislador, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo.

Tanto tem capacidade postulatória imprópria que há em diversas leis esparças pelo ordenamento jurídico conferindo a possibilidade de o Delegado de Polícia representar ao juízo acerca de alguma medida cautelar, como por exemplo a lei de prisão temporária, representar pela preventiva, pela busca e apreensão, interceptação telefônica, dentre outras. Sendo assim, não avança o argumento de falta de legitimidade ou capacidade postulatória (imprópria) ao Delegado de Polícia em representar pelo acordo de delação premiada.

Quanto ao segundo argumento nos parece ser uma interpretação distorcida considerando que a partir de uma interpretação sistemática da constituição e dos arts. 17 e 28 CPP (Código de Processo Penal), percebe-se que a opção constituída ao Delegado de Polícia de, representar ao juízo pelo extinção de punibilidade do investigado em nada altera a competência exclusiva do Ministério Público para a *persecutio criminis*.

Outro exemplo é quando o Delegado finaliza uma investigação, confeccionando seu relatório final e percebe a atipicidade da conduta do agente. Isso não subtrai a privatividade do Ministério Público para analisar a

existência de crime, que sendo o caso, opinar pelo arquivamento do feito ou deduzir a pretensão punitiva.

Quanto ao terceiro e o principal argumento trazido pelo Ministério Público seria no sentido de que não poderia o Delegado firmar a avença de colaboração premiada conferindo a extinção de punibilidade tendo em vista que violaria a titularidade da ação penal.

Ocorre que em nenhum momento a Lei 12.850/2013, em seu Art.6, §4º - afastou a participação do *parquet* no acordo de colaboração premiada, mesmo que ofertado pelo Delegado de Polícia, o investigado e seu defensor. O acordo deve ser submetido à avaliação do Ministério Público e à homologação do poder judiciário.

Aqui nos compete abrir um parêntese. Para que a Autoridade Policial possa propor o acordo de colaboração premiada ele deve observar dois requisitos: um de natureza objetivo e outro subjetivo.

No que concerne ao aspecto objetivo, ele se refere a observância quanto ao momento, qual seja, o Delegado só pode propor acordo durante o curso do inquérito policial (Art.4º, §2º). Como sabemos, via de regra, o Ministério Público não participa de forma ativa do inquérito policial, apenas o Delegado de Polícia que é o titular exclusivo desta investigação.

Finalizada as investigações não poderia mais a Autoridade policial atuar, posto que o procedimento administrativo estaria convolvendo-se em judicial e a autoridade legitimada seria o *parquet*.

Nesse sentido que o Delegado só poderia atuar na fase do inquérito policial, o STF no julgado da ADI 5508:

Concluiu que os textos impugnados versam regras claras sobre a legitimidade do delegado de polícia na realização de acordos de colaboração premiada, estabelecendo a fase de investigações, no curso do inquérito policial, como sendo o momento em que é possível a utilização do instrumento pela autoridade policial.

(STF, Pleno, ADI5508, rel.Min. Marco Aurélio, julgamento em 20.06.2018.)

O segundo requisito para a representação da autoridade policial é de natureza subjetiva – a necessária manifestação do Ministério Público. Em nenhum momento a lei afastou a necessidade de o MP opinar na proposta ofertada pelo Delegado de Polícia, muito pelo contrário. A lei foi expressa nesse sentido: (Art. 4º, §2º):

Perceba que a lei foi de uma clareza hialiana ao exigir a participação do MP. Então é mero sofisma os argumentos levados na ADI 5508 de que afetaria a titularidade da ação penal, senão mera vaidade acadêmica.

O Delegado de Polícia é importante no momento das tratativas e para representar pelo acordo. É ele quem está diante do investigado e pode, numa primeira ocasião, apresentar ao investigado possibilidade de eventual acordo – art. 3º, VIII da Lei 12.850/2013 – conforme princípio da cooperação entre instituições.

Uma coisa é ser o titular exclusivo da ação penal pública outra bem diferente é do direito de punir estatal. São coisas que não se misturam e são de órgãos bem diferentes, como foi expresso na Constituição.

Ademais, o Ministério Público não aplica pena, não decide por progressão de regime, mas ainda assim pode firmar acordo de colaboração. Significa dizer que, ainda que ele não seja dotado de legitimidade para a proposição de todas essas benesses, não afastou a possibilidade dele poder firmar a avença.

O Ministério Público até pode propor a extinção de punibilidade no acordo, mas tem que trazer nos autos do acordo um bom material probatório, requisitos subjetivos da lei.

Em prol da legitimidade de atuação de delegados de polícia na delação premiada, a Consultoria-Geral da União lembrou que a Lei 12.850/2013 foi submetida a amplo debate por representantes da magistratura, do MP, da Defensoria Pública, das Polícias Federal e Civil e do Ministério da Justiça e que

não cabe centralizar, no MP, todos os papéis do sistema de persecução criminal.

Na mesma linha, seguiu a Advocacia-Geral da União, para quem inexistente ofensa ao sistema acusatório, ao devido processo legal e à moralidade administrativa.

A própria Polícia Federal normatizou os meandros do acordo de colaboração através da Instrução Normativa 108, de 7 de novembro de 2016, da PF, prescreve, em seu artigo 98, que a proposição de acordo de delação premiada será antecedida por uma série de etapas: (a) negociação para a formalização do acordo de colaboração; (b) lavratura do termo de acordo da colaboração premiada; (c) tomada de depoimento do colaborador; (d) despacho fundamentado do delegado de polícia; (e) autuação; (f) remessa ao juízo, para decisão quanto à homologação; (g) verificação da efetividade; e (h) representação ao juízo pela concessão ou não do benefício.

Do trecho do voto condutor do Ministro Marco Aurélio, destaca-se o entendimento de que a representação do Delegado de Polícia é uma prerrogativa, um poder-dever:

A autoridade policial tem a prerrogativa – ou o poder-dever – de representar por medidas cautelares no curso das investigações que preside, mediante o inquérito policial. Há mais. No caso de colher confissão espontânea, tem-se causa de diminuição de pena a ser considerada pelo juiz na sentença, tudo sem que se alegue violação à titularidade da ação penal.

De todo modo, a representação pelo perdão judicial, feita pelo delegado de polícia, ante colaboração premiada, ouvido o Ministério Público, não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo Órgão acusador. Uma vez comprovada a eficácia do acordo, será extinta pelo juiz, a punibilidade do delator.

Para o Supremo, todavia, a denúncia deve ser oferecida para que o magistrado aplique o perdão judicial ao final do processo, desde que constatada a efetividade da colaboração, senão vejamos:

Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. Legitimidade da manutenção do processo e julgamento do feito perante o juízo de primeiro grau de jurisdição. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. **Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração.** (STF, plenário - AP 470 QO-terceira / MG).

Ora, se o MP é o titular exclusivo da ação penal pública e para que seja concedido o perdão judicial é imperioso o devido processo legal, não há afronta alguma a essa titularidade, posto que apenas ele e só ele pode ofertar a denúncia. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal:

(...) Para redução da pena, adoção de regime de cumprimento menos gravoso ou concessão do perdão judicial, há de ter-se instaurado o processo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Na sentença o juiz, ao verificar a eficácia da colaboração, fixa, em gradação adequada, os benefícios a que tem direito o delator. (STF, Plenário, ADI 5508)

Logo, para que haja a concessão do perdão judicial, necessariamente deve haver denúncia, e claro, esta deve ser manejada pelo Ministério Público, ainda que este discorde dos argumentos trazidos pelo Delegado de Polícia durante o acordo de delação premiada.

A representação pelo perdão judicial, ofertada pelo Delegado de Polícia, ante colaboração premiada, ouvido o Ministério Público, não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. Uma vez comprovada a eficácia do acordo, será extinta pelo juiz, a punibilidade do delator.

3. Conclusão

Como bem delimitado pelo STF, pode sim o Delegado de Polícia, realizar acordo de colaboração premiada com o investigado durante o inquérito policial sem que o Ministério Público tenha necessidade de endossar simultaneamente o negócio jurídico processual. Significa dizer que não viola os princípios Constitucionais como o do sistema acusatório, devido processo legal, e o da moralidade.

Um coisa é titularidade exclusiva da ação penal outra é exclusividade da justiça penal negociadas, como meios de prova, e que esta é ínsita da Autoridade Policial.

Portanto, acertada a decisão do STF na ADI 5508, para retirar o “monopólio” do Ministério Público a legitimidade de celebração do acordo de colaboração premiada, estendendo aos Delegados de Polícia, como foi previsto na lei 12.850/2013.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 52. ed. São

Paulo: 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 5.508-DF.

Relator. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília: jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 QO-terceira / MG. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF, Pleno, habeas corpus 127.483 , rel.Min. Dias Tóffoli, julgamento em 27.08.2015

BRASIL. Lei no.12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Dispõe sobre organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 ago.2013

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR DE PESSOA JURÍDICA

VITÓRIA DA COSTA CARUSO:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: A responsabilidade tributária é tema de significativa relevância no âmbito do direito tributário e, frequentemente, possui reflexos nas sociedades empresárias. Quais as hipóteses nas quais poderia o administrador ser responsabilizado no âmbito do direito tributário? Qual a modalidade de responsabilidade seria a ele aplicado? Para o esclarecimento de tais questionamentos, debruça-se inicialmente sobre uma análise teórica das categorias de responsabilidade tributária para que se caminhe para a aplicação da responsabilidade ao administrador da pessoa jurídica. Ademais, são analisados casos em que a responsabilidade do administrador é estabelecida jurisprudencialmente, como forma de proteção da empresa, de seu administrador e da sociedade.

Palavras-chave: responsabilidade tributária, responsabilidade solidária, administrador, inadimplemento, sonegação, dolo, culpa.

Sumário: Responsabilidade Tributária do Administrador de Pessoa Jurídica. 1 Introdução. 2 A Sujeição Passiva e suas modalidades. 3 Classificação da Responsabilidade Tributária. 3.1 Responsabilidade de Terceiros não decorrente de Infrações Fiscais. 3.2 Responsabilidade de Terceiros decorrente de Infrações Fiscais. 4 Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito tributário? 4.1 Responsabilidade do Contribuinte no caso de prática de irregularidades pelo administrador. 4.2 Inclusão do administrador no polo passivo quando dos Lançamentos de Ofício. 5 Responsabilidade do administrador no caso de dissolução irregular da sociedade. 6 Mero Inadimplemento. 6.1 Necessária distinção entre mero inadimplemento e sonegação fiscal. 7 Comprovação de dolo ou culpa. 8 Conclusão. 9 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a abrangência da responsabilidade solidária dos indivíduos que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal,

especialmente a dos administradores da pessoa jurídica. Trata-se de matéria de difícil solução, inserida no estudo da responsabilidade tributária que, por sua vez, abrange as maiores controvérsias no campo do direito tributário.^[1]

Nesse sentido, relevante a manifestação de Machado^[2]:

Questão de grande relevância, em matéria de responsabilidade tributária, consiste em determinar o alcance do art. 135, inciso III, do CTN, e assim saber em que circunstâncias os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelos créditos tributários dos quais sejam estas contribuintes. É claro que, em se tratando de sociedades nas quais a lei específica não limita a responsabilidade dos sócios, não há qualquer dificuldade. Entretanto, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada e nas sociedades anônimas a questão é tormentosa.

O considerável número de casos colocados em julgamento pelo Judiciário evidencia a importância prática da questão, e as divergências dos julgados demonstram como a matéria constitui uma questão extremamente difícil.

Assim, para a análise aqui desenvolvida, são apresentados conceitos teóricos centrais relativos à sujeição passiva, incluindo sua caracterização como elemento da obrigação tributária, modalidades e classificações. Esse embasamento teórico é necessário para a correta aplicação dos arts. 124 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN)^[3]. Ademais, são apresentadas, ao longo do presente trabalho, as posições mais recentes e relevantes de tribunais e da legislação aplicável.

Quais as situações em que o administrador da sociedade pode ser responsabilizado solidariamente? A proposta aqui é entender a extensão em que a jurisprudência aplica essa responsabilização e as variantes das hipóteses legais.

2 A Sujeição Passiva e suas modalidades

Enquanto um dos elementos da obrigação tributária^[4], o sujeito passivo é apresentado pelo CTN em duas modalidades: (i) sujeito passivo da obrigação principal, pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 121, *caput*, CTN); e (ii) sujeito passivo da obrigação acessória, pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto (art. 122, CTN).

O sujeito passivo da obrigação principal é, necessariamente, ocupante de uma posição de relevância na situação descrita em lei como fato gerador, seja como contribuinte seja como responsável, conforme a relação que se estabeleça com o objeto da tributação. Se a relação com o fato gerador for pessoal e direta, qualifica-se o sujeito passivo como contribuinte, conforme redação do art. 121, inciso I, do CTN.

A relação pessoal é tida quando o direito é exercido por seu titular, sem representação por terceiro. A título exemplificativo, em uma venda de mercadoria, o titular do direito da venda é a pessoa que detém a sua propriedade. O preposto deste, encarregado de executar a venda, relaciona-se diretamente com o comprador, porém representa terceira pessoa, a titular do direito, razão pela qual não pode ser qualificado como contribuinte.

A relação direta relaciona-se à posição do sujeito em relação ao fato. Para a caracterização como contribuinte, a participação do sujeito deve ser nuclear, determinante para a ocorrência do fato gerador. Como exemplo, a pessoa que vende mercadoria tributada é contribuinte do ICMS. Na operação realizada pelo revendedor varejista, este é o contribuinte do imposto. Ainda que relevante a marca e a qualidade do produto vendido, o industrial não tem participação direta no fato gerador do tributo, razão pela qual não é contribuinte em relação a esta operação.

Em resumo, o contribuinte realiza o fato descrito em lei como gerador da obrigação tributária.

Não sendo a relação pessoal e direta, qualifica-se o sujeito passivo como responsável descrito no art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN. Ressalte-se que a responsabilidade aqui referida pode ser expressamente atribuída em lei a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação consoante o disposto no art. 128 do mesmo Código.

3 Classificação da Responsabilidade Tributária

A classificação adotada pelo Código Tributário Nacional, quanto aos responsáveis, divide-se em: (i) dos sucessores; (ii) de terceiros; e (iii) do infrator. Quanto aos efeitos ou causas, Paulsen^[5] propõe uma classificação segmentada em (i) solidária; (ii) pessoal; e (iii) subsidiária.

Na responsabilidade solidária são obrigados aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal – solidariedade de fato ou natural (CTN, art. 124, I) – e aqueles expressamente

designados por lei – solidariedade de direito ou legal (CTN, art. 124, II). Em ambos os casos, a determinação legal é que a solidariedade não comporta benefício de ordem. Paulsen defende que só haverá solidariedade entre responsável e contribuinte quando a lei expressamente assim determine.[6] Na mesma linha, Alexandre[7] sustenta que:

A existência de uma solidariedade dita “de fato” não afasta a conclusão de que a solidariedade sempre decorre da lei, só que, nesta situação, a “lei” é o próprio CTN. Assim, a solidariedade dita “de direito” refere-se aos casos previstos nas leis tributárias específicas dos tributos a que se refiram.

A responsabilidade pessoal, por sua vez, quando exclusiva, é determinada pela referência expressa ao caráter pessoal ou revelada pelo desaparecimento do contribuinte originário, pela referência à sub-rogação ou pela referência à responsabilidade integral do terceiro em contraposição à sua responsabilização ao lado do contribuinte. São pessoais as responsabilidades dos arts. 130, 131, 132, 133, I, e 135[8] do CTN.

A responsabilidade subsidiária, por fim, verifica-se quando a exigência primária do contribuinte for frustrada, sendo necessário o acionamento do responsável. É o caso mais típico de responsabilidade. Na falta de dispositivo em sentido contrário, presume-se a subsidiariedade. Dentre as hipóteses de responsabilidade previstas no próprio CTN, são subsidiárias as dos arts. 133, II, e 134. O STJ igualmente se refere à hipótese do art. 135 como se de responsabilidade subsidiária se tratasse.

3.1 Responsabilidade de Terceiros não decorrente de Infrações Fiscais

Particularidade relevante é a disciplina observada no art. 134 do CTN, que arrola como responsáveis tributários os pais, tutores, curadores, administradores de bens, inventariante, síndico ou comissário, tabeliães e sócios nas liquidações de sociedades de pessoas.

A responsabilidade solidária prevista no *caput*, é objeto de frequentes críticas. Para Amaro, o dispositivo trata de responsabilidade subsidiária, ao invés de solidária, pois esta não comporta benefício de ordem.[9] Na mesma linha se manifestou o STJ[10]. Já para Denari, trata-se de responsabilidade solidária, mas em via subsidiária, pois primeiro devem ser excutidos os bens do contribuinte.[11]

Qualquer que seja a modalidade, conforme disposto no parágrafo único do mencionado artigo, a responsabilidade regulada somente se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

3.2 Responsabilidade de Terceiros decorrente de Infrações Fiscais

A ser igualmente ressaltado é o assunto tratado no art. 135 do CTN, o qual dispõe acerca da responsabilidade pessoal das pessoas referidas no art. 134; dos mandatários, prepostos e empregados; e dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatutos.

Para Denari^[12], trata-se de responsabilidade por fraude à lei, em que a falta de recolhimento do tributo deriva de evasão tributária e a sanção aplicada pelo julgador é a de desconsideração da personalidade jurídica da empresa para responsabilizar pessoalmente os diretores e gerentes de sociedades de capital (sociedades anônimas ou limitadas). Afirma o tributarista que:

[...] os sócios-gerentes de limitadas e os diretores de sociedades anônimas não respondem, em linha de princípio, por todos os débitos fiscais, mas somente por aqueles resultantes da inobservância dos preceitos básicos que concorrem para a formação do crédito tributário. Assim, quando uma sociedade comercial pratica um ilícito fiscal, fica sujeita à lavratura de auto de infração, que irá apurar uma obrigação tributária resultante de infração da lei, como resulta da expressa dicção normativa do art. 135. Nesta detida hipótese, portanto, a responsabilidade do gestor da empresa se personaliza.

Como se decalca, o propósito do legislador, foi o de responsabilizar pessoalmente os sócios gerentes e administradores de empresas privadas quanto às obrigações tributárias resultantes de sonegação, fraude à lei ou irregularidades constatadas pela fiscalização.

4 Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito tributário?

A desconsideração da personalidade jurídica, implementada inicialmente na Inglaterra e desenvolvida teoricamente na Alemanha, tem por objetivo a proteção de terceiros nos casos em que a empresa seja utilizada indevidamente, com fraude ou abuso.

Destaque-se que a responsabilização dos administradores pelas dívidas tributárias da empresa, em razão dos atos que praticarem com infração à lei, conforme o art. 135, III do CTN não caracteriza o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em sentido estrito.^[13]

É que, enquanto a desconsideração geralmente se opera por decisão do juiz, na esfera tributária a responsabilidade do administrador pode ser atribuída sem a exclusão da responsabilidade da empresa, pela autoridade fiscal no momento da lavratura do auto de infração, desde que presentes os requisitos legais e indicada a conduta praticada, constituindo fundamentação legal do lançamento.

Nessa senda, e defendendo a necessidade de previsão expressa de lei para a definição do responsável tributário, Amaro adverte que^[14]:

[...] não cabe, em nosso direito tributário, a desconsideração da pessoa jurídica, nos termos em que a entendemos. A doutrina costuma distinguir duas diferentes situações em que o problema pode ser examinado: a desconsideração feita pelo legislador e a feita pelo juiz. Com base nessa distinção, têm-se procurado exemplos de desconsideração no direito positivo brasileiro, nas situações em que o legislador prevê a responsabilidade solidária ou subsidiária de terceiros. Ora, nesses casos, não há desconsideração da pessoa jurídica, como já sustentamos alhures, e, anteriormente, já dissera Gilberto de Ulhôa Canto.

É importante referir essa distinção porque nossa lei tributária apresenta vários exemplos em que a responsabilidade de uma pessoa jurídica é imputada a terceiros, solidária ou subsidiariamente. Não existe aí desconsideração da pessoa jurídica. O que se dá é que, independentemente da forma societária adotada (por exemplo, sociedade cujo sócio seja ilimitadamente responsável, ou sociedade onde ele tenha sua responsabilidade limitada ao capital), a lei tributária, em certas situações, atribui, de modo expresso, a responsabilidade tributária (subsidiária, solidária ou exclusiva) à pessoa do sócio. Veremos diversos exemplos ao tratar da responsabilidade tributária.

Resta examinar a desconsideração da pessoa jurídica (propriamente dita), que seria feita pelo juiz, para responsabilizar outra pessoa (o sócio), sem apoio em prévia descrição legal de hipótese de responsabilização do terceiro, à qual a situação concreta pudesse corresponder. Nessa formulação teórica da doutrina

da desconsideração, não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária. Trata-se, ademais, de preceito do próprio Código Tributário Nacional, que, na definição do responsável tributário, exige norma expressa de lei (arts. 121, parágrafo único, II, e 128), o que, aliás, representa decorrência do princípio da legalidade. Sem expressa disposição de lei, que eleja terceiro como responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar (ou desconsiderar) o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária a terceiro.

4.1 Responsabilidade do Contribuinte no caso de prática de irregularidades pelo administrador

É imperioso destacar que para que o contribuinte seja excluído do polo passivo, necessário se faz comprovar que tenha sido vítima do ato praticado pelo administrador. Inexistindo tal comprovação, a responsabilidade pessoal do administrador não exclui a responsabilidade da sociedade empresária, que permanece com seu status legal de contribuinte.

Nesse sentido posiciona-se Amaro:[\[15\]](#)

Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que frequentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador.

Na mesma direção manifesta-se Machado:[\[16\]](#):

[...] a responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente á própria condição de contribuinte, não e razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. Isto, aliás, e o que se depreende do disposto

no art. 128 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação” Pela mesma razão que se exige dispositivo legal expresso para a atribuição da responsabilidade a terceiro, também se há de exigir dispositivo legal expresso para excluir a responsabilidade do contribuinte.

4.2 Inclusão do administrador no polo passivo quando dos Lançamentos de Ofício

Nos casos em que ficar caracterizada a infração prescrita no art. 135, inciso III, do CTN, a autoridade fiscal deve incluir no polo passivo o administrador como solidário da sociedade empresarial. Nessa situação, será garantido ao administrado a ampla defesa e o contraditório, na esfera administrativa.

Caso confirmada a responsabilidade, da certidão de inscrição do débito deverão constar a fundamentação e a identificação do sócio[17], como requisitos formais à responsabilização. Essa exigência é fundamental sob o aspecto da proteção do contribuinte, empresa, administrador e sócio, do princípio da não-surpresa e do devido processo legal.

5 Responsabilidade do administrador no caso de dissolução irregular da sociedade

A dissolução irregular da sociedade empresarial associada ao descumprimento de obrigações, na esfera tributária, enseja a responsabilidade pessoal dos administradores pelas sociedade, conforme o art. 135, inciso III, do CTN. Há, nesses casos, uma presunção de que os administradores se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade. Presume-se, assim, dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar, sem comunicação, no endereço declarado aos órgãos competentes. Observada a dissolução irregular, legitima-se o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente, conforme definido pelo enunciado sumular nº 435 do Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se que a responsabilidade aqui tratada recai sobre aquele que detinha os poderes de administração no momento da dissolução irregular, sendo irrelevante o momento da ocorrência dos fatos geradores, segundo o entendimento mais recente da 2ª Turma do STJ[18].

6 Mero Inadimplemento

O mero inadimplemento não constitui, isoladamente, circunstância suficiente para a responsabilização dos administradores, nos termos do art. 135, III, do CTN, como se dá no caso da dissolução irregular. Trata-se de uma interpretação do dispositivo pelos tribunais pátrios[19], tendo em vista a proteção dos dirigentes empresariais que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguem fazer com que as pessoas jurídicas pelas quais são responsáveis cumpram com suas obrigações pecuniárias, inclusive tributárias. Da mesma forma, a interpretação protege o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, segundo o qual os sócios não respondem pelas dívidas da empresa, ainda que dirigentes.

Como exceção ao entendimento anteriormente apresentado, em alguns casos, o Ministério Público sustenta que o imposto declarado mas não recolhido não constitui mero inadimplemento, na situação em que for cobrado de contribuinte de fato. Defende que o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/1990 criminaliza a conduta do contribuinte que repassa o ônus financeiro do tributo a terceiro (valor do tributo), mas não recolhe o montante aos cofres públicos.

Com relação à tese ministerial, a jurisprudência possui divergências: acolhendo a tese ministerial, cf. [STJ, REsp 1511304/GO, relator Ministro FELIX FISCHER, decisão publicada em 27/06/2016](#), pelo não acolhimento, cf. [STJ, Recurso Especial nº 1543485/GO, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Julgado em 5 de abril de 2016](#).

6.1 Necessária distinção entre mero inadimplemento e sonegação fiscal

Para a apuração da responsabilidade do administrador da pessoa jurídica, é de relevo a distinção entre o mero inadimplemento e a sonegação fiscal. Conforme pontuado, mero inadimplemento não é suficiente para, isoladamente, caracterizar a responsabilidade do administrador. Por outro lado, a fraude destinada à supressão ou redução de tributo ou o domínio do fato, assentindo com o não pagamento do tributo devido, caracterizam a responsabilidade do administrador[20]. A constatação de venda de mercadorias sem documentação fiscal, por exemplo, com a finalidade de não pagamento de

imposto devido, não caracterizam mero inadimplemento, mas fraude que aproveita ao administrador[21].

Não pagamento de tributo apurado em auditorias fiscais nas quais se constatem volumes significativos de mercadorias tributadas vendidas sem documentação fiscal não caracteriza mera inadimplência. Ao contrário, trata-se de prática sonegatória deliberada, que caracteriza concorrência desleal e subtração criminosa de recursos públicos, é sonegação tributária praticada pelos administradores com domínio do fato e em benefício próprio, caracterizando o uso ilícito da autonomia patrimonial.

Na diferenciação entre inadimplência e sonegação fiscal, o arrazoado de Pessoa[22]:

Assim, o simples fato de não pagar um tributo, dentro do prazo de vencimento, caracterizará uma mera inadimplência fiscal ou inadimplemento de uma obrigação tributária de natureza não criminal.

[...]

[...] os delitos considerados sonegações fiscais (crimes contra a ordem tributária e apropriação indébita previdenciária), são verdadeiras fraudes, simulações, falsificações, apropriações indevidas etc. Não devem restar dúvidas que são condutas completamente distintas da mera falta de quitação dentro do prazo legal de um débito tributário.

[...]

Existem diversas formas de sonegação fiscal, conforme bem exemplificado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – que apresentou uma pesquisa sobre as principais práticas delituosas cometidas pelos contribuintes brasileiros. In verbis: “venda sem nota; venda com meia nota; venda com calçamento de nota; duplicidade de numeração de nota fiscal; compra de notas fiscais; Passivo fictício ou saldo negativo de caixa; acréscimo patrimonial a descoberto (do sócio); deixar de recolher tributos descontados de terceiros; saldo de caixa elevado; distribuição disfarçada de lucros; doações irregulares; omissão de rendimentos etc.”

É importante destacar que o contribuinte que praticar a sonegação fiscal, conforme descrito acima poderá sofrer diversas implicações, como por exemplo: responsabilidade solidária entre os sócios; caracterização dos crimes de sonegação fiscal; indisponibilidade de bens; aplicação de multas elevadas que podem chegar a 225% (Lei Federal nº 9.532/97) etc.

7 Comprovação de dolo ou culpa

Na linha de frente dos temas tormentosos, apresenta-se a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para a caracterização da responsabilidade do administrador, sendo três as principais posições adotadas.

A primeira seria a de atribuição de responsabilidade solidária aos administradores no caso de prática de qualquer ato com contrário à lei, excetuado o mero inadimplemento, assim entendido como o imposto declarado pelo sujeito passivo e não pago, quando em decorrência de insolvência. Trata-se da interpretação literal do art. 135 do CTN, e da súmula nº 430 do STJ a contrário senso. É a posição mais severa em relação aos administradores, e, simultaneamente, a que confere maiores garantias ao crédito tributário.

A segunda seria a de configurar como responsáveis os administradores quando comprovado o dolo, ou no mínimo a culpa, nas infrações fiscais. Nessa linha, excluir-se-ia a responsabilidade dos administradores nos casos de erro escusável quanto à interpretação do fato ou do direito aplicável. Nesse sentido já se posicionou o STJ: no AgRg no AREsp 16813/GO, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma, em 2011.

A terceira, por fim, seria a de considerar o dolo, ainda que genérico, como essencial para a responsabilização dos administradores. Essa posição é, assim, a mais complacente com o administrador.

Com a análise das diversas facetas de cada uma das concepções, parece bastante razoável a não responsabilização dos administradores quando a falta de pagamento do tributo se der em razão de interpretação errônea da norma, nos *hard cases*, em razão da alta indagação jurídica, o que encontra lastro jurisprudencial.

8 Conclusão

Como exposto, a responsabilidade tributária dos administradores de pessoa jurídica é solidária e caracteriza-se pela materialização de atos

praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, mas excluída a mera inadimplência.

Dessa forma, a omissão deliberada de informações ao fisco, mediante não emissão de documentos ou não escrituração, quando geralmente exigidos, a não comprovação de exportação de mercadoria remetida para este fim e a utilização de benefício fiscal sem o cumprimento de condição exigida, que resultem em falta de pagamento de tributo devido, não caracterizam mera inadimplência, determinando, portanto, a responsabilidade dos administradores. A dissolução irregular da sociedade caracteriza, igualmente, a responsabilidade do administrador, independentemente do momento da ocorrência do fato gerador.

No entanto, além dos casos em que houver mero inadimplemento, quando a irregularidade for cometida em razão de prejuízo objetivo da empresa e de seus sócios, como no caso de furto, não há responsabilidade do administrador, entendendo a jurisprudência ser necessária a comprovação de culpa para a responsabilização.

Assim, de toda a análise tecida nesse artigo, depreende-se que serão responsáveis solidariamente os que possuam interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou aqueles designados por lei, entre eles o administrador. No entanto, precisas têm sido as intervenções jurisprudenciais no sentido de limitar a responsabilização do administrador, como nos casos de mero inadimplemento, nos *hard cases*, em que a prescrição normativa não é precisa, ou ainda quando não houve dolo ou culpa, proporcionando maior distanciamento entre a pessoa jurídica e sua administração que, mais protegida, incentiva investimentos e a continuidade da atividade empresarial.

9 Referências Bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 5.7.3.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DENARI, Delmo et al, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiro, 2010, p. 168.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, Capítulo XII, item 94.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Diferença entre sonegação fiscal e inadimplência ou falta de pagamento**, Tributario.net (Online) , v. 1, p. 01-01, 2009.

NOTAS:

[1] DENARI, Delmo et al, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de Direito Tributário. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

[2] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiro, 2010, p. 168.

[3] Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, passou a denominar-se Código Tributário Nacional (CTN), conforme art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

[4] “São elementos da obrigação tributária a lei, o fato, os sujeitos e o objeto” in NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

[5] PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, Capítulo XII, item 94.

[6] PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, Capítulo XII, item 94.

[7] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 5.7.3.

[8] A responsabilidade do contribuinte somente será excluída, no caso de ato praticado por administrador com excesso, infração à lei ou contrato social ou estatuto se a empresa for vítima da irregularidade cometida administrador.

[9] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Capítulo X, 7.5.

[10] STJ, REsp 446.955/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 09.04.2008, DJe 19.05.2008.

[11] DENARI, Delmo et al, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de Direito Tributário. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

[12] DENARI, Delmo et al, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de Direito Tributário. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

[13] O qual é regulado no art. 50 do Código Civil; art. 4º da Lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor; e nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil.

[14] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Capítulo VII, 11.

[15] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Capítulo X, 7.6.

[16] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiro, 2010.

[17] [STJ, REsp 1104900/ES, relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Seção, Data do Julgamento 25/03/2009, DJe 01/04/2009.](#)

[18] [STJ, AgInt no AREsp 868622 / SC, relatora Ministra DIVA MALERBI \(Desembargadora convocada TRF 3ª Região\), Segunda Turma, data do julgamento 12/04/2016 e STJ, AgRg no REsp 1541209 / PE.](#)

[19] [STJ, REsp 1101728/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009 e STJ, Súmula nº 430, Primeira Seção, aprovada em 24/03/2010](#)

[20] [TRF4, Apelação Criminal no processo 5017663-79.2011.404.7100/RS, relator Desembargador LEANDRO PAULSEN, Oitava Turma, Decisão em 06/07/2016.](#)

[21] [TJSP, Apelação Criminal n.º 0007907-27.2010.8.26.0050, relator CAMILO LÉLLIS, 4ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 15 de setembro de 2015, TJDF, Apelação no processo nº 20130111157774APR, relator](#)

[Desembargador George Lopes, 1ª Turma Criminal, acórdão de 23/05/2016, TJDF, Apelação no processo nº 20130110177553, relatora Desembargadora DIVA LUCY DE FARIA, 1ª Turma Criminal, julgado em 21 de Maio de 2015](#)

[22] PESSOA, Leonardo Ribeiro. Diferença entre sonegação fiscal e inadimplência ou falta de pagamento, Tributario.net (Online) , v. 1, p. 01-01, 2009.

OS ATRIBUTOS DAS LICENÇAS EDILÍCIAS - PROPONDO UMA NOVA ABORDAGEM

EDUARDO AUGUSTO ARTEIRO DE FARIA:

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

Resumo: O presente artigo tem por objetivo revisitar a figura das licenças edilícias, analisando quais os atributos desse ato administrativo, imprescindível para o controle das atividades construtivas em nossas cidades. O trabalho parte da noção inicial da licença edilícia, abordando brevemente sua natureza e regime jurídico, recordando também dos atributos dos atos administrativos em geral. Ao final, desenvolve-se análise quanto aos atributos próprios das licenças edilícias, propondo nova abordagem no tema.

Sumário: Introdução; 1. A licença edilícia - noções fundamentais; 2. Os atributos do ato administrativo - esboço doutrinário; 3. Os atributos das licenças edilícias – abordagem tradicional; 4. Afastando as premissas tradicionalmente adotadas; 5. Os atributos do ato de licença edilícia; 6. Notas finais.

Introdução

Diante da relevância do contexto urbano atual, que abriga grande parcela da população brasileira^[1], revela-se pertinente revisitar a figura das licenças edilícias (as licenças construtivas), correspondente ao ato prévio de controle da atividade edilícia de nossas cidades.

Seguindo sua dinâmica social e econômica, o meio ambiente urbano construído, especialmente no Brasil, está em constante transformação, seja através da demolição, reforma, reconstrução, ou construção de edificações

novas. Essas alterações materiais, intencionalmente realizadas em determinado imóvel, designamos por “atividades edilícias” [2].

Tais atividades, executadas em terrenos urbanos (os lotes) deverão ser precedidas do devido licenciamento, que verificará a observância das normas construtivas (estrutura das edificações) e de ordenação do solo (ligadas aos parâmetros de uso e ocupação de cada zona da cidade) de cada alteração a ser executada.

É através do licenciamento edilício, então, que se garante a proteção à ordenação urbana, diretamente atrelada ao planejamento, gestão do ambiente e qualidade de vida nas cidades. Obedecidas as limitações incidentes, o Poder Público expedirá a licença edilícia, possibilitando ao interessado a execução de seu projeto.

O objetivo do presente artigo é justamente esmiuçar os atributos desse ato de licença, provocando uma reflexão acerca de suas características e da dimensão de seus efeitos sobre seu destinatário (aquele que solicitou a licença).

Para isso, partiremos da análise dos atributos do ato administrativo em geral (presunção de legitimidade, exigibilidade, imperatividade, executoriedade), para posteriormente verificar em que medida estes se manifestam no ato da licença edilícia e quais as peculiaridades em relevo. A proposta é oferecer uma nova abordagem do assunto, buscando a continuidade na análise dessa figura, cuja relevância é majorada a cada instante.

1. A licença edilícia - noções fundamentais

Para melhor desenvolvermos as premissas de nossa redação, mister trazer em caráter preliminar os principais contornos da figura em relevo, destacando, mui brevemente, sua natureza e regime jurídico.

Partindo das considerações de nosso rápido introito, temos que é através do licenciamento edilício que se verificam a obediência às normas construtivas e de ordenação do solo em cada projeto a ser empreendido. Tais normas correspondem às *limitações administrativo-urbanísticas* à propriedade urbana, naquilo que corresponde à sua edificabilidade (o “direito de construir”).

Dizemos “limitações administrativas”, eis que são genéricas, definidas em lei, e fundadas no interesse público e bem-estar social (em oposição às limitações de caráter civil, voltadas a interesses privados - o direito de vizinhança). São, por outro lado, urbanísticas, na medida em que se destinam à ordenação física dos espaços habitáveis (o próprio objeto do Direito Urbanístico[3]).

Para se referir a esse condicionamento estatal - legislativo ou administrativo - da propriedade aos interesses coletivos, costuma-se empregar a expressão “Poder de Polícia” (lato sensu). Estritamente no âmbito da Administração Pública, preferimos a expressão “Polícia Administrativa”, que corresponderá, pois, aos atos administrativos emitidos no exercício dessa função, em total aderência aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello [4].

De todo modo, para a observância dessas limitações administrativas a autoridade licenciadora, no exercício da função de polícia administrativa, deverá atenta-se a dois elementos: (i) ao projeto pretendido pelo interessado, incluindo suas características, coeficientes construtivos e outros índices; e (ii) ao local (lote) onde se pretende executar o empreendimento (eis que os parâmetros de uso e ocupação do solo costumam variar no território da cidade, conforme diretrizes e objetivos previstos para cada área).

Essa noção - que adiante revelar-se-á essencial ao desenvolvimento de nosso raciocínio - reflete o caráter *intuito rei* da licença edilícia, que é adstrita à coisa - ao imóvel (e o correspondente projeto). Trata-se de entendimento pacífico, que resumimos emprestando os ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo, ao tratar das licenças urbanísticas em geral[5]:

Podemos configurar-lhe o regime jurídico de ato intuito rei. É dizer, de ato concedido, não em vista de seu beneficiário, mas sim da res, na qual se vai construir; res, na qual se vai funcionar. Portanto, é ato que adere à coisa e não ao particular. Tanto que poderá ser suscetível de transação. Quando se transaciona propriedade com licença para edificar, a transação é efetuada com a licença (2011, p. 04).

Com efeito, sendo o ato através do qual a Administração Pública verifica o atendimento às normas urbanísticas e edilícias, a outorga da licença dependerá da zona (área da cidade), da área (dimensões do lote), e de outras características concernentes ao lote (declividade do terreno, acessos, largura das vias e calçadas confrontantes, proximidade com outros usos), onde o projeto construtivo será desenvolvido. Somente então com essa definição é que será possível verificar a observância dos parâmetros de uso e ocupação determinados pela legislação municipal. A licença é, portanto, rigidamente fixada ao lote.

Assim, ainda que seja emitida em nome do proprietário (ou outrem a ele equiparado), a licença edilícia, por sua própria finalidade, sempre estará vinculada a dois elementos objetivos: em primeiro, o projeto aprovado por técnico competente, em segundo, o lote específico no qual será desenvolvido o referido projeto. Esse caráter é essencial para o entendimento da leitura que proporemos adiante e, portanto, a ideia será retomada.

De todo modo, já foi possível traçar alguns aspectos fundamentais da licença edilícia (selecionando aquilo essencial ao seguimento de nossa abordagem), que então tomamos por *ato administrativo, emitido pela Administração Pública, no exercício da Polícia Administrativa* - destacando sua natureza e regime jurídico -, *que possibilita a execução de certa atividade edilícia, em determinado lote* - destacando seu caráter real.

Cumpre agora, antes de esmiuçarmos os atributos desse ato, lembrar brevemente das noções elementares daquilo que se entende pelos atributos dos atos administrativos em geral, conforme os ensinamentos da principal doutrina administrativista.

2. Os atributos do ato administrativo - esboço doutrinário

Pela própria natureza das atividades desenvolvidas pela Administração Pública (no caso em tela, o poder de polícia), os seus atos estarão dotados de atributos peculiares a sua função, inexistentes nos atos privados.

Sem prejuízo, Marçal Justen Filho (2014) adverte que tais atributos foram concebidos sob a influência de concepções não democráticas do Estado e que, em uma democracia republicana, seu estudo tem de refletir os princípios

inerentes à organização democrática do poder estatal (2014, p. 408). Ressalta que os atributos do ato não são decorrência da qualidade estatal do agente que o produz, mas sim decorrência do próprio direito, o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição (p. 409).

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 417) alerta que nenhuma das prerrogativas conferidas à Administração constitui em benefícios conferidos simplesmente por sua natureza estatal (por ser órgão de poder). Afirma que “não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à ‘força governante’ (para usar uma desativada mas realista expressão de Duguit) pelo mero fato de ser a força governante” (2010, p. 417).

Patente, pois, o caráter instrumental daquilo que comumente designamos por atributos dos atos administrativos. Justamente por isso, tais caracteres variarão conforme a especificidade de cada ato, bem como do interesse público em relevo.

Advertência feita, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 419) aponta os seguintes atributos típicos dos atos administrativos (o que, aliás, encontra pouca variação na doutrina): (a) presunção de legitimidade, que seria a qualidade pela qual os atos se presumem verdadeiros e conformes ao Direito (presunção *juris tantum* - ressalte-se), característica comum aos atos administrativos em geral; (b) imperatividade, pela qual os atos administrativos se impõe a terceiros independentemente de sua concordância; (c) exigibilidade, qualidade pela qual o Estado pode exigir o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs; e (d) executoriedade, pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado ao cumprimento das obrigações impostas e exigidas.

Veja-se que a imperatividade pode ser tomada sob duas perspectivas^[6]: (i) a possibilidade de a Administração impor determinado ato independente da vontade do administrado (ligando-se, portanto, à própria expedição do ato); (ii) ou à possibilidade de que os atos veiculem prescrições (o conteúdo do ato) estabelecidas independente da vontade ou anuência de seu destinatário. A primeira volta-se mais à competência administrativa para a emissão do ato que à sua qualidade ou impactos sobre terceiros. Pela segunda, a imperatividade estaria atrelada aos *efeitos* ou *eficácia*^[7] do ato administrativo e suas

prescrições sobre a órbita jurídica do particular (v. entendimentos esposados por Ricardo Marcondes e Marçal Justen Filho^[8]).

José dos Santos Carvalho Filho (2015), aborda a imperatividade em conjunto com a exigibilidade. Para o autor, a segunda seria decorrência lógica da primeira, o que justificaria entendê-las como característica única: “imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência” (2015, p. 122).

Acrescenta que se trata de característica diretamente atrelada à supremacia do interesse público, pois, de fato, não seria aceitável que a Administração ficasse, a cada passo de sua atividade, à mercê do interesse individual (CARVALHO FILHO, 2015, p. 122).

Marçal Justen Filho também entende a exigibilidade e a imperatividade como atributo único, correspondente à possibilidade de estabelecer que direitos e deveres contemplados no ato administrativo tornem-se exigíveis, atuantes, cumpridos, concretamente (2014, p. 412).

O autor liga a exigibilidade à eficácia das relações jurídicas nas quais surgem direito subjetivo e dever jurídico para as partes (2014, p. 397), distinguindo três gradações de eficácia (tomada pela capacidade de produzir efeitos jurídicos) ^[9]. (i) Com conteúdo mínimo, quando não há a possibilidade de promover a exigência de qualquer conduta determinada. A exigibilidade fica condicionada a evento futuro, certo ou incerto (o exemplo seria um contrato que preveja momento futuro para a execução das prestações - nada obstante o direito e o dever existentes, as prestações ainda não são exigíveis). (ii) Caso já haja a possibilidade de exigir o cumprimento, tratar-se-ia do grau médio de eficácia. (iii) Já no grau máximo, há a possibilidade da conduta devida ser exigida coativamente. É impossível que uma obrigação nasça com o grau máximo de eficácia, pois este presume seu inadimplemento em seu estágio médio.

Especificamente em relação aos atos administrativos, a eficácia máxima corresponderia à autoexecutoriedade do ato. Nessa hipótese, a Administração Pública está autorizada a produzir os atos concretos necessários a implementar as suas determinações mediante a exigência compulsória do cumprimento de

condutas (inclusive mediante o uso da força), obedecendo estritamente aos princípios da legalidade proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 413).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 419-420), por sua vez, não confunde imperatividade com exigibilidade, ensinando que a primeira corresponde somente à imposição (unilateral) de obrigações; enquanto que a segunda seria o atributo pelo qual se impele à obediência da obrigação já imposta.

Cunha Junior (2015) vai no mesmos sentido:

[Exigibilidade] É o atributo que confere a Administração Pública o poder de exigir do administrado as obrigações que ela unilateralmente lhe impôs, sob pena de lhe infligir multa ou outras penalidades administrativas em caso de descumprimento do ato (meios indiretos de coação).

A exigibilidade não se confunde com a imperatividade, pois, através desta, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la (p. 107).

Retomando a Bandeira de Mello, o autor também esclarece a distinção entre a exigibilidade e a executoriedade, ensinando que aquela permite apenas a indução indireta ao atendimento do ato (pela imposição de multas, por exemplo) , enquanto esta possibilita a coação material (por exemplo, na dissolução de uma passeata, interdição de uma fábrica, destruição de alimentos deteriorados). Importante ressaltar que em ambos não há necessidade da Administração recorrer ao Judiciário.

Ainda que haja certa variação doutrinária nos critérios adotados, já se verifica certa pacificidade no entendimento de que os atos administrativos possuem características próprias (em oposição aos atos particulares), ligadas à própria natureza da função administrativa.

Compilemos o que dissemos em rasa síntese: de acordo com a ideia geral da doutrina, além da presunção de legitimidade, comum a todo o ato administrativo (decorrente da própria legalidade), o atributo da imperatividade é entendido pela possibilidade de que o ato se imponha e seja observado pelos seus destinatários, independente de sua anuência. Já a exigibilidade permite que as prescrições do ato sejam exigidas sem a necessidade de interferência do Judiciário, inclusive mediante coação indireta, enquanto que pela excoutoriedade o ato pode ser obedecido mediante coação direta, material (uso da força).

3. Os atributos das licenças edilícias – abordagem tradicional

Verificar a dimensão dos atributos de determinada espécie de ato administrativo mostra-se relevante não somente porque estes estão ligados ao interesse público em relevo em cada situação, mas também para a devida compreensão de cada ato, permitindo a melhor análise quanto à manifestação de suas prescrições incidentes sobre seus destinatários.

Especificamente em relação aos atributos das licenças edilícias, são escassos os trabalhos que já abordaram diretamente o assunto. Os poucos autores que enfrentam o tema, na maior parte das vezes, abordam a figura apenas incidentalmente, utilizando-a como exemplo de seus ensinamentos gerais sobre os atributos dos atos administrativos. O padrão é indicar que as licenças edilícias apenas estariam dotadas da presunção de legitimidade, comum a todos os atos administrativos. Como regra, afastam-se então as características da imperatividade e exigibilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 427), por exemplo, ao tratar da classificação dos atos administrativos, abordando especificamente os atos “ampliativos de direito” (categoria na qual inclui as licenças em geral), defende que a estes não cabe falar de imperatividade, exigibilidade ou excoutoriedade.

Também Cunha Junior menciona expressamente as licenças para ensinar que o atributo da imperatividade não está presente nesse ato ampliativo de direito:

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, como nos atos ampliativos da esfera

jurídica do administrado (v. g., autorização, permissão, licença, admissão) e nos atos enunciativos (v. g., certidão, declaração, parecer, informação), mas apenas naqueles que impõem obrigações. A imperatividade é um dos atributos que distingue o ato administrativo do ato de direito privado, uma vez que este último não cria qualquer obrigação para um terceiro sem a sua concordância (2015, p. 106).

Em artigo que aborda diretamente as peculiaridades dos atributos dos atos administrativos ampliativos e restritivos de direito, Angélica Petian (2008) também conclui que somente os atos restritivos gozam dos atributos da imperatividade, exigibilidade e executoriedade[10].

Poderíamos nos estender a outros exemplos de abordagem nesses mesmos sentidos. De todo modo, atendo-se com maior detalhe a cada raciocínio construído, tem-se que, de modo geral, os autores tem entendido que a imperatividade ou exigibilidade não estão presentes nos atos de licença (em geral), basicamente sob dois argumentos: (i) a licença corresponde a ato ampliativo à esfera jurídica do interessado; e (ii) a licença não obriga, mas apenas faculta o exercício de certa atividade.

Tratam-se, portanto, das primeiras premissas a serem examinadas neste trabalho.

4. Afastando as premissas tradicionalmente adotadas

Pelo que denotamos do conceito dos atributos dos atos administrativos, estes dizem respeito à própria *função pública*, manifestando-se em graus diferentes dependendo do interesse em relevo, bem como do correspondente regime jurídico. Todavia, sempre dizem respeito a diferentes aspectos do ato administrativo, inconfundíveis entre si.

Com uma ou outra variação (e novamente: tomando por referência o entendimento doutrinário principal), a presunção de legitimidade está atrelada aos *fundamentos* do ato, i.e., os motivos de fato arrolados pela Administração para a sua expedição, bem como sua adequação ao direito[11].

A imperatividade, tal como ensinado pela doutrina em nosso primeiro tópico, relaciona-se mais com os efeitos, as situações jurídicas decorrentes das prescrições cominadas ao destinatário do ato, independentemente de sua aquiescência.

Por fim, a exigibilidade e a excoutoriedade, estão atreladas à satisfação, cumprimento, daquilo que o ato prescreve, bem como aos meios disponíveis para a indução desse cumprimento (coação direta ou indireta). O atendimento do ato poderá ser exigido por diferentes vias, ou mesmo executado pela própria administração.

Encerrando o raciocínio, portanto, temos que os atributos dos atos administrativos manifestam-se especialmente nos seguintes aspectos: *fundamentos do ato, seus efeitos, e meios voltados à sua devida observância (a satisfação de suas prescrições).*

Tais minúcias são importantes para revelar a primeira de nossas conclusões: nenhuma das acepções desenvolvidas - ou a doutrina trazida em nosso primeiro tópico -, vincula o conceito de qualquer dos atributos do ato administrativo aos seus *resultados* (favoráveis ou desfavoráveis ao administrado), ou ao modal deôntico de suas prescrições (um fazer, não fazer ou poder fazer).

Daí que entendemos que o diagnóstico dos atributos de cada ato não pode ser traçado tendo por referência única - e de plano - tais critérios. O argumento de que determinada espécie de ato não estaria dotada de imperatividade, exigibilidade ou excoutoriedade, simplesmente porque "ampliaria a esfera jurídica dos administrados" ou "estabeleceria uma faculdade (e não um dever ou restrição)", precisa ser examinado com maior cautela, atentando-se às suas peculiaridades.

No caso das licenças edilícias, por exemplo, é possível que tais presunções não resistam. Retomemos, então, às nossas observações quantos às peculiaridades desse ato, para aferir a devida medida de seus atributos^[12].

5. Os atributos do ato de licença edilícia

Havíamos delimitado a figura em debate como "*ato administrativo, emitido pela Administração Pública, no exercício da Polícia Administrativa, que possibilita a execução de certa atividade edilícia, em determinado lote*".

Aqui, é necessário reforçar o caráter *intuito rei* da licença edilícia. Conforme adiantamos, a licença estará adstrita a dois elementos objetivos: em primeiro, o projeto aprovado por técnico competente, em segundo, o lote específico no qual será desenvolvido o referido projeto.

Esses elementos, evocando a estrutura do ato administrativo ensinada por Bandeira de Mello (2010, p. 393), comporão o próprio conteúdo, a prescrição, do ato emanado, que facultará ao interessado o desenvolvimento de determinado projeto, nos exatos termos daquilo apresentado (nem mais, nem menos - salvo eventuais modificações ou variações permitidas em lei), e em determinado lote. O lote e o projeto, portanto, além de *objeto* da licença (aquilo sobre o que o ato dispõe), se transmutam em seu próprio *conteúdo*, no contorno de suas prescrições[13].

E ainda que se trate de mera faculdade, caso o destinatário do ato opte realmente pela execução da atividade licenciada, deverá fazê-lo nos exatos termos daquilo disposto na declaração da Administração (o alvará), incluindo os meios e limitações eventualmente definidos (leia-se: impostos). Assim, mesmo que o ato não determine um *facere* ou *non facere*, há a estipulação de prescrição inafastável, imperativa e exigível quando o particular opte pelo *facere*.

Isso, pois a licença edilícia, ao manifestar o consentimento da Administração à execução de certo projeto, não se reduz à simples permissividade operada pelo "poder fazer", mas sim ao "pode fazer, nos exatos termos do projeto, seguindo os meios e limites estabelecidos neste auto". Deste modo, por conter prescrições que deverão ser seguidas independentemente da vontade do particular[14], entendemos que a licença edilícia, ainda que ato favorável ao administrado, é dotada dos atributos da imperatividade e exigibilidade, seguindo a conceituação destes atributos definida por nossa doutrina.

Trata-se mesmo de elemento distintivo da licença edilícia, que não apenas outorga, mas também condiciona a atuação do indivíduo. Há que se reforçar: tais imposições sempre serão acompanhadas de embasamento na legislação urbanística e edilícia municipal.

Contrariamente ao que entendemos, poder-se-ia alegar que a submissão à ordenação geral está presumida em qualquer atividade licenciada (não somente a edilícia). A exemplo, a licença para dirigir um veículo automotor não presume a liberdade absoluta na condução de um automóvel, submetendo sempre o particular às regras de trânsito. A imperatividade, portanto, não adviria da habilitação para dirigir, mas simplesmente da própria regulamentação do trânsito.

Todavia, a peculiaridade *in casu* é que apenas no auto de licença edilícia é que tais prescrições serão individualmente traçadas, em termos específicos voltados ao projeto que será executado, ao lote respectivo e outros elementos correspondentes (área do terreno, viário, imóveis contíguos, etc). Assim, não se trata, simplesmente, da previsão genérica e abstrata das leis de ordenação do solo, mas sim a prescrições administrativas concretas definidas conforme o caso^[15].

Veja-se que tais prescrições corresponderão: (i) aos índices e parâmetros contidos no projeto aprovado (naquilo que for aprovado, tendo em vista a possibilidade de deferimento parcial); e (ii) a outras eventuais disposições traçadas pela entidade licenciadora, com base na legislação municipal. O primeiro elemento (projeto) necessariamente estará presente, transformando os parâmetros do desenho aprovado em verdadeira norma individual ao particular destinatário. Já o segundo elemento dependerá das previsões de cada Município, e pode sequer estar presente, bastando a mera referência às leis e decretos aplicáveis.

Vale, na oportunidade, transcrever interessante citação jurisprudencial, do Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial nº 941.110 (BRASIL, 2009, p. 7), que reforça a submissão do particular aos termos das licenças em geral:

A licença, qualquer que seja sua natureza (urbanística, ambiental, sanitária, etc), emoldura, na ótica das necessidades da coletividade, as condições mínimas de

exercício da atividade econômica, bem como as contrapartidas exigidas do particular para tanto. Existe para ser cumprida e fielmente respeitada, pois do contrário é um nada jurídico.

(...)

A licença é para o licenciado e não do licenciado. Em vez de dono da licença, o sujeito-licenciado é seu vassalo, o que faz com que seus termos, exigências mínimas na forma de piso, só possam ser alterados com o prévio e expresso consentimento da Administração, sob pena de abuso de licença.

Entendemos que nossa posição também encontra patrocínio nas lições de CARVALHO FILHO (2015, p. 91). Primeiro, pois o autor coloca a imperatividade como caráter típico dos atos de Polícia. Segundo, pelo excerto abaixo, no qual o doutrinador termina por reconhecer a presença de certa imperatividade e exigibilidade também nos atos de consentimento (2015, p. 123):

Há, é verdade, certos atos em que está ausente o cunho coercitivo. É o caso dos atos de consentimento (permissões, autorizações), em que ao lado do interesse público de todo ato há também o interesse privado. Entretanto, ainda neles se pode descobrir um resquício de imperatividade, ao menos no que toca à obrigação do beneficiário de se conduzir exatamente dentro dos limites que lhe foram traçados.

O que pretendemos com a presente tese (ainda que sujeita a revisões e reformas) é contribuir com a devida qualificação da licença edilícia em nosso sistema, coadunando com a relevância deste ato na gestão e políticas urbanas, com escopo constitucional (Art. 182 da Constituição Federal).

Nesse sentido é que também aderimos às considerações já promovidas por José Afonso da Silva, em seu "Direito Urbanístico Brasileiro" (2008, p.440) quanto à impertinência de se reduzir a licença urbanística (o autor abordava a

figura mais ampla) à mera “remoção de obstáculos”, reforçando a possibilidade de imposição de limites e deveres:

Ela [a licença urbanística] não é, no campo urbanístico, tão-só a remoção de obstáculos ou de limites ao exercício do direito, não é mera técnica habilitante para o exercício do direito, como tradicionalmente se concebe; mas é, ao mesmo tempo, uma técnica de intervenção e controle urbanístico, impõe deveres e condiciona permanentemente o exercício destes (2008, p. 440).

A ideia, acrescentamos, é romper com a noção estreita de que à licença corresponde mera permissividade a ser alcançada pelo particular.

Vale abrir parênteses também para retomar o entendimento defendido por Justen Filho (2014). Caso fôssemos tomar como parâmetro aquele elaborado raciocínio (já abordado em tópico acima), também concluiríamos que a licença edilícia estaria dotada de exigibilidade e imperatividade. Vejamos.

Tomando tais atributos como característica única, Justen Filho entende a exigibilidade e a imperatividade correspondem à possibilidade de estabelecer que os direitos e deveres contemplados no ato administrativo tornem-se exigíveis (2014, p. 412). Ligam-se, portanto, à eficácia do ato, ainda que com gradações distintas (mínima, média e máxima, conforme também já abordamos acima).

Trazendo a ideia para o panorama das licenças edilícias, entendemos que haveria conteúdo mínimo de eficácia (quando a exigência do ato está condicionada a evento futuro, certo ou incerto) até que o destinatário do ato optasse efetivamente pela consecução do projeto aprovado (a construção, propriamente). Nesta hipótese, iniciando-se as obras, a eficácia atingira grau médio, isto é, haveria a possibilidade concreta de exigir o cumprimento das prescrições do auto (o alvará)[16].

Desta forma, ainda que com premissas diversas, vê-se que também pela doutrina de Justen Filho (2014) os caracteres de exigibilidade e imperatividade

estariam presentes no ato de licença edilícia, sendo descabida sua desconsideração, de plano.

Fechado esse adendo, cumpre verificar, por último, como se manifesta o atributo da executoriedade nos atos de licença edilícia. Vale lembrar, essa característica correspondente à possibilidade de a Administração compelir materialmente - frise-se - o particular ao cumprimento de suas determinações.

Trata-se de atributo mais restrito, normalmente presente nos atos cujo cumprimento célere, imediato, se mostre necessário ao interesse público. Nesse ponto, então, nosso entendimento se aproxima da doutrina majoritária, concluindo que a possibilidade de autoexecutoriedade não está presente na licença edilícia.

Veja-se que o ato de licença, consistente na aquiescência da Administração à pretensão construtiva do particular, não atrai qualquer possibilidade de urgência. Há, é certo, situações em que o abuso da licença poderá ensejar risco aos ocupantes do imóvel ou edificações vizinhas, mas nesse caso eventual providência demolitória por parte da Administração não corresponderá aos preceitos veiculados no alvará, mas sim a ato diverso (ainda que relacionado à edificação licenciada), seja este acautelatório ou sancionatório.

Por outro lado, tem-se que o interesse primeiro na atividade edilícia pretendida será do particular que apresentou o projeto, correspondendo a faculdade própria, não fazendo sentido sua execução (compulsória, portanto) por parte da Administração Pública.

Concluindo tudo o que expusemos, atentando à composição lógica da licença edilícia, para verificar quais os atributos presentes, temos que sua prescrição permissiva ("poder fazer desta forma"), possibilita ao particular edificar apenas nos limites daquilo aprovado, atendendo às exigências contidas no alvará de licença (imperatividade), inclusive sob pena das sanções previstas (exigibilidade).

6. Notas finais

Após esse breve esforço teórico, avaliamos que o raciocínio tradicionalmente desenvolvido pela doutrina, consistente na vinculação, de plano, dos atributos dos atos administrativos aos modais deônticos por eles veiculados, ou a seus resultados (favoráveis ou desfavoráveis aos destinatários), nem sempre proporcionará o melhor diagnóstico da figura em relevo.

No caso das licenças edilícias, após trazer uma breve noção de sua natureza e regime jurídico, atentando à minúcia de sua estrutura, conteúdo e peculiaridades, foi possível concluir que este ato está dotado não somente da presunção de legitimidade (comum aos atos administrativos em geral), mas também de certa imperatividade e exigibilidade.

Vimos que o conteúdo das licenças edilícias não corresponde a uma mera faculdade (“poder fazer”), pois também condiciona a ação do particular, contendo prescrições concretas que deverão ser seguidas independentemente de sua vontade, atraindo as noções de exigibilidade e imperatividade - diretamente atreladas à ordenação urbana, e à boa gestão das cidades.

Trata-se de necessária evolução no entendimento dessa figura, que tem sido já sinalizada por parte da doutrina, ainda que sem uma abordagem direta. Para reflexão, calha novamente trazer a lição jurisprudencial de Benjamin (BRASIL, 2009, p. 7):

O Brasil é o País da licença-faz-de-conta, em que um importante ato administrativo dessa natureza, essencialmente preventivo e de salvaguarda dos interesses da coletividade, é tratado pelos sujeitos econômicos como se fosse um mero pedaço de papel, a ser fixado na parede do estabelecimento comercial e desconsiderado ao nível do assoalho, isto é, no plano de seu cumprimento.

Há que se progredir na forma como a licença edilícia tem sido encarada não só pela ciência do Direito, mas também no trato dispendido pela própria Administração Pública, pelos destinatários direto do ato e pela sociedade em geral. Não ignoramos que a questão seja metajurídica, ultrapassando em muito os objetos desse trabalho.

O que pretendemos foi, limitando-nos à análise jurídica, contribuir com a evolução da temática, considerando seu papel cada vez mais crucial no adequado desenvolvimento de nossas cidades e no controle do uso e ocupação do solo urbano.

Referências:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 941.110 - ES, 2ª Turma. Relator: BENJAMIN, Herman. Disponibilizado no DJe em 13 de novembro de 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

Cunha Junior. Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Licenças Urbanísticas**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 3, p. 629 - 641, Mar 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>>. Acesso em: 10 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>>. Acesso em: jun de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Jurídica do Zoneamento - Efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 147, Rio de Janeiro, p. 23-38, 1982.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direitos. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**: RPGMBH, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 11-38, jul./dez. 2008.

SILVA, Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NOTAS:

[1] O Censo Demográfico de 2010 apontou que a população urbana é predominante, representando 84,4% (oitenta e quatro por cento) da população brasileira total, já naquele ano de 2010 (CENSO 2010, p. 46).

[2] Em acepção semelhante àquela desenvolvida por Hely Lopes Meirelles (1961, p. 305).

[3] José Afonso da Silva define o direito urbanístico objetivo como o "conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade" (2008, p. 50).

[4] Celso Antônio Bandeira de Mello: "a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia' (2010, p. 822)". "Servir-nos-emos da expressão 'polícia

administrativa' quando reportados tão-só a comportamentos administrativos" (2010, p. 822).

[5] No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em artigo publicado em 1982 (p. 23 a 38), já reforçara o caráter real da licença para edificar: "vale dizer, adere ao bem, pois diz respeito ao imóvel e não ao proprietário" (p. 37). E também Hely Lopes (MEIRELLES, apud SILVA, 2008, p. 441), entendendo que a aderência da licença à coisa se mantém mesmo na transferência do bem: "[a licença edilícia] transmite-se automaticamente aos sucessores com a só alienação do imóvel, não sendo lícito à Prefeitura opor-se à expedição ou à transferência do alvará ao novo proprietário ou compromissário comprador".

[6] Distinção semelhante à apresentada por Ricardo Marcondes Martins (2017, p. 10), ainda que em raciocínio não coincidente com o nosso. Para o autor, a imperatividade dependerá da necessidade (ou não) de aquiescência por parte dos destinatários, seja em relação ao conteúdo do ato, seja em relação a sua própria emissão. Os efeitos dos atos, todavia, sempre prescindirão da aquiescência do destinatário, sendo sempre imperativos.

[7] Preferimos dizer que a imperatividade atrela-se aos *efeitos* do ato administrativo, correspondendo ao modo pelo qual estes incidirão na esfera jurídica do destinatário. A eficácia, por sua vez, corresponderia à aptidão do ato para a produção desses efeitos (conforme ensina MELLO, 2010, p. 388).

[8] Como já observamos em nota anterior, ao abordar a imperatividade como atributo correspondente aos *efeitos* do ato administrativo, Ricardo Marcondes Martins (2017) entende que aquela estaria presente, em maior ou menor medida, em todos os atos, independente de seu conteúdo ou eventual consensualidade em sua produção. Marçal Justen Filho (2014, p. 412), por sua vez, entende que a imperatividade liga-se à eficácia do ato, conforme retomaremos adiante.

[9] A eficácia corresponde à intensidade de poderes jurídicos atribuídos a uma das partes da relação jurídica em face da outra parte e de terceiros. Num grau mínimo de eficácia, a maior parte dos poderes existe em estado de latência. (...) O direito disciplina a eficácia dos atos jurídicos. Os diferentes graus de eficácia retratam diversos regimes jurídicos previstos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 398).

[10] Mais ao final a autora faz uma ressalva, afirmando que “a administração somente atuará quando o beneficiário do ato for a coletividade, isto é, quando o resultado do ato for ampliativo de direito para a coletividade, titular do interesse público, protegido pela administração” (PETIAN, 2008, p. 294). Não se estende no desenvolvimento ou exemplificação desse último raciocínio, todavia.

[11] O entendimento acerca do alcance da presunção de legitimidade encontra certa variação em nossa doutrina. Há quem entenda que está abrangida somente as questões pertinentes aos fatos (MARÇAL, p. 411), ainda devendo a Administração comprovar o seguimento dos devidos procedimentos para tanto. Outros (MOREIRA NETO, 2009) enxergam as presunções a favor do ato administrativo alcançam sua validade, legalidade, veracidade, legitimidade (conformação do ato com a vontade da sociedade), e licitude (conformação com os valores morais tutelados pelo Direito). De todo modo, há certa pacificidade no reconhecimento de a presunção de legitimidade está voltada aos motivos de fato e sua adequação ao direito.

[12] Não trataremos, portanto, das licenças administrativas em geral, ou de outras administrativo-urbanísticas (parcelamento, funcionamento, e.g.), restringindo nossas considerações às licenças edilícias, à qual nos detivemos com maior cautela, e que apresenta peculiaridades próprias. Esse corte, todavia, não importa em negar que o presente raciocínio seja aplicado a outras espécies de atos administrativos, mas sim que tais constatações reclamam uma verificação mais cautelosa.

[13] Nas palavras de MELLO (2010, p. 394): “Preferimos a expressão ‘conteúdo’ à expressão ‘objeto’, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato”.

[14] Vale ressaltar: não desconsideramos o caráter negocial do ato em questão, eis que é evidente que a licença presume, ainda que parcialmente, a coincidência da manifestação de vontade da Administração com a vontade do particular. Todavia, tampouco é possível ignorar a possibilidade da licença impor condições diversas daquelas apresentadas, limites, contrapartidas e outras providências, como reforçamos em nossa nota seguinte (n. 16). Ademais, eventual coincidência com a manifestação do particular não afasta a imperatividade daquilo que restar disposto (aprovado). O particular, caso pretenda alterar aquelas prescrições, deverá propor projeto modificativo, justamente porque aquelas são imperativas e exigíveis enquanto perdurarem.

[15] A exemplo, assim dispõe a legislação paulistana, acerca dos alvarás concedidos para a implantação de edificações consideradas polos geradores de tráfego (PGT), que deverão abarcar as medidas mitigadoras estabelecidas em cada caso: “Art. 14. Os Alvarás de Aprovação, Alvarás de Execução e Certificados de Mudança de Uso, para os quais a Secretaria Municipal de Transportes - SMT tenha fixado diretrizes, conterão a exigência de cumprimento total ou parcial da execução dos serviços e obras necessários à adequação do Sistema Viário para o funcionamento do empreendimento” (Lei Municipal nº 15.150 de 2010).

[16] A eficácia máxima, para o autor, corresponderia à autoexecutoriedade do ato (JUSTEN FILHO, 2014, p. 412), que abordaremos em seguida.

ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS POR COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

NATALIA BUENO BONIFÁCIO:

Advogada. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix.

CAROLINE COSTA

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo será construído a partir de uma análise sobre as cotas do ensino público superior destinadas aos negros, reforçando seus aspectos de possível inconstitucionalidade, além de buscar seu sentido de provável ratificação do preconceito. Será apresentada tese alternativa do redirecionamento das cotas raciais para as cotas sociais, como a melhor opção, pela escolha com único objetivo da avaliação da insuficiência econômico-financeira, sem cogitar de aspectos outros como etnia, religião, raça, cor de pele etc. Com apreciação das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do presente tema, bem como as repercussões que assunto provocou e ainda provoca na sociedade, dividindo a opinião pública a favor e contra as medidas governamentais. O Princípio constitucional da Isonomia será um grande referencial de estudo e comparação, apresentado como forma de equação dos problemas suscitados pela adoção do critério de cotas de vagas universitárias baseado na difícil definição de cor de pele ou de origens raciais, num País que ostenta profusão dessas amostragens.

Palavras Chave: Cotas raciais. Princípio da isonomia. Ratificação do preconceito.

ABSTRACT: This study will be constructed from an analysis of the seats in public higher education reserved to african americans, reinforcing aspects of possible unconstitutionality, in addition to seeking its sense of probable ratification of prejudice. Shall be submitted an alternative thesis of redirectioning the racial seats for social seats, as a better option, by basing the choice with the sole assessment of economic and financial failure, no thought of other aspects such as ethnicity, religion, race, skin color etc. It will also be considered the recent decisions of the Supreme Court about the topic, as well as the repercussions that the matter caused and still causes in society,

dividing public opinion for and against the government measures. The constitutional principle of Equality will be a great study and comparison reference, presented as an equation of the issues raised by the adoption of this criterion for reserved university seats based on the difficult definition of skin color or racial origins, in a country that boasts such profusion of ethnic samplings.

Keywords: Racial quotas. Principle of equality. Ratification of prejudice.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS POR COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 2.1 Sistemas PROUNI, ENEN e SISU. 3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 4 RAÇAS HUMANAS E ETNIA. 5 PRECONCEITO. 6 O SISTEMA DE COTAS E A RATIFICAÇÃO DO PRECONCEITO. 7 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 8 DIREITO COMPARADO. 9 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho será construído a partir de uma análise sobre as cotas do ensino público destinadas aos negros, reforçando seus aspectos de possível inconstitucionalidade, além de buscar seu sentido de provável ratificação do preconceito.

A proposta será, também, de apresentar a tese alternativa do redirecionamento das cotas raciais para as cotas sociais, como a melhor opção, pela escolha com único objetivo da avaliação da insuficiência econômico-financeira, sem cogitar de aspectos outros como etnia, religião, raça, cor de pele etc.

O Princípio constitucional da Isonomia deve ser um grande referencial de estudo e comparação, apresentado como forma de equação dos problemas suscitados pela adoção do critério de cotas de vagas universitárias baseado na difícil definição de cor de pele ou de origens raciais, num País que ostenta profusão dessas amostragens.

Vão ser apreciadas, aqui, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do presente tema, bem como as repercussões que assunto provocou e ainda provoca na sociedade, dividindo a opinião pública a favor e contra as medidas governamentais.

Agrega-se, também, ao presente estudo, informações colhidas de legislações estrangeiras, para que possa servir de referencial comparativo para a questão que é, por si só, tormentosa e delicada.

Espera-se, ao final, comprovar a necessidade de redefinição do instituto de cotas, por uma forma mais justa ou menos desigual, tendo em vista a defasagem do ensino público, o que impossibilita a concorrência honesta entre alunos de escolas públicas e privadas.

2 SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS POR COTAS NAS UNIVERSIDADES

PÚBLICAS

Para inicial compreensão deste trabalho é necessário que se informe o funcionamento básico e a essência dos objetivos do sistema de cotas.

As cotas raciais são:

a reserva de vagas, em instituições públicas ou privadas, para grupos específicos, classificados por etnia, na maioria das vezes, negros e indígenas. Surgidas nos Estados Unidos, na década de 1960, as cotas raciais são consideradas, pelo conceito original, uma forma de ação afirmativa para reverter o preconceito, a desvalorização, a exploração e o desprezo contido em racismo histórico, de séculos, contra determinadas classes étnicas. (HUPSEL, 2012).

É uma forma, por exemplo, de o Estado compensar a raça negra ou de descendentes indígenas, pelo retrocesso de desenvolvimento acarretado pela escravidão, pela exploração do trabalho de modo geral, com repercussões de natureza socioeconômica e cultural, reservando aos seus integrantes vagas em concursos públicos e nas instituições de ensino superior da rede pública, procurando, com isso, reinseri-los em contexto de qualificação profissional e intelectual.

O fundamento de tais ações afirmativas se assenta no direito à igualdade, que é considerado a base da democracia e se reflete em inúmeros dispositivos da Carta Magna. Não se conforma aos princípios constitucionais o mero tratamento igualitário perante a lei, a chamada "igualdade formal". É evidente que situações desiguais merecem tratamento desigual para que o ideal da

Constituição seja atingido. Em diversas situações, a própria Lei Maior autoriza essa "igualização" entre desiguais.

As classes atingidas pelas cotas foram, de fato, por longo tempo, submetidas a uma situação de desigualdade que os colocava em condição de inferioridade, em diversos aspectos, o que deve merecer tratamento que os resgate dessa condição e os iguale, mediante proteção especial, às categorias sociais mais favorecidas.

A igualdade constitucional que se pretende é essencialmente a "*igualdade material*", ou seja, "*a igualdade efetiva ou real perante os bens da vida humana*", nos dizeres de Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 517).

Em outras palavras, o Princípio da Igualdade Constitucional determina que se dê tratamento igual aos que se achem em situação equivalente e que se trate de modo desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Significa dizer que a lei pode, sem violação do Princípio da Igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma, tratamento diverso do que atribui a outra.

No dia 29 de agosto de 2012 a Presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 12.711/2012, que estabelece uma reserva de 50% das vagas nos processos seletivos de universidades e institutos federais para alunos que cursaram todo o ensino médio na escola pública. A nova legislação cria uma única política de ação afirmativa, já que até hoje as instituições de ensino usavam diferentes modelos para garantir o acesso de grupos da população ao ensino superior.

A lei prevê que as universidades públicas federais e os institutos técnicos federais reservem, no mínimo, 50% das vagas para estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas da rede pública, com distribuição proporcional das vagas entre negros, pardos e indígenas.

A distribuição das vagas será feita de acordo com a proporção de índios, negros e pardos do Estado onde está situado o campus da universidade ou instituto federal. Isso significa que uma unidade da federação com uma proporção maior de negros, como os estados do Nordeste, terá mais vagas reservadas para essa etnia racial do que para as outras.

As vagas reservadas para negros, pardos e índios devem representar até 25% do total, pois os candidatos oriundos de

famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio por pessoa, que também estudaram em escola pública, terão direito aos 25% restantes.

As instituições de ensino têm até o ano de 2016 para cumprirem a lei, mas deverão reservar pelo menos 25% das vagas para candidatos cotistas já a partir de 2013. Atualmente, as universidades e institutos federais têm autonomia para decidir como distribuir as vagas. (LESME, 2012).

A totalidade das vagas reservadas para a cota (50%) será distribuída a partir do critério racial. Ou seja, metade das vagas de qualquer instituição federal será destinada aos ex-alunos da rede pública, mas deverão ser preenchidas por negros, pardos e indígenas, em proporção à composição da população naquela unidade da federação em que a instituição se situa.

A prioridade da cota será para os alunos que se autodeclararem negros, pardos e indígenas. As demais remanescentes serão preenchidas por estudantes que tenham cursado os três anos do ensino médio na rede pública.

Essa proporção será calculada a partir de dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), porcentagem que será diferente para cada Estado. Por exemplo: em um curso com 100 vagas, metade será para cota social – 50 vagas, cujo preenchimento deverá atender, pelo menos, à proporção de negros, pardos e indígenas que vivem no Estado. *“Em Estados como a Bahia, com o maior percentual de população negra do Brasil, o critério favorecerá aos afrodescendentes, enquanto os indígenas serão os maiores beneficiados nos estados amazônicos”.* (DILMA..., 2012).

Por consequência, pode acontecer que nesses Estados a população branca desprovida de recurso financeiro, que culturalmente teve a mesma trajetória que os negros da mesma região, se verá, em sua maioria, excluída dos benefícios das cotas.

Em Minas Gerais, de acordo com a Lei Estadual n. 15.259 de 27 de julho de 2004/ Resolução n° 104 – CEPEX/ 2004 e Lei Estadual n. 13.465, de 12/1/2000, a Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), desde 2004, *“adota 20% de vagas para afrodescendentes e 20% para egressos de escolas públicas que comprovarem carência, além de 5% para indígenas e portadores de deficiência”.* (COTAS..., 2012).

Estas são as considerações e informações preliminares sobre um assunto que comporta grande polêmica e enorme discussão sobre sua validade, acerto e adequação com a situação nacional, buscando principalmente fazer, antes de tudo, justiça social.

2.1 Sistemas PROUNI, ENEN e SISU

Atualmente há em funcionamento outras formas de inclusão no ensino superior, como o PROUNI, ENEN e o SISU. Vejamos abaixo a criação, funcionamento e regras. Informações retiradas do site Sistema ENEM:

O ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio - foi criado pelo MEC (Ministério da Educação e Cultura) no ano de 1998. Este sistema de avaliação tem por objetivo avaliar os estudantes de escolas públicas e particulares do Ensino Médio. Os dados, além de servirem de base para o desempenho pessoal, também são utilizados pelo governo para definir políticas públicas educacionais. Atualmente, muitas universidades públicas e privadas estão utilizando os resultados do ENEM dentro de seus sistemas de seleção.

Objetivos

O ENEM não é obrigatório, porém a cada ano tem atraído um número cada vez maior de estudantes. Isto ocorre, pois muitos vestibulares utilizam os resultados do ENEM como um dos critérios para selecionar candidatos nos vestibulares. A avaliação aplicada não tem como objetivo apenas a verificação do aprendizado de conteúdos básicos. O foco principal da avaliação é verificar as competências e habilidades que o aluno domina. O aluno deve demonstrar capacidade para interpretar gráficos, textos, mapas e informações em diversas linguagens. O exame também verifica se ao aluno é capaz de argumentar, solucionar problemas cotidianos e práticos, elaborar propostas de intervenção na realidade e apresentar idéias bem estruturadas.

Avaliação

A avaliação está de acordo com aquilo que se espera de um aluno que sai do Ensino Médio. O mercado de trabalho não

espera mais um trabalhador que conheça apenas conteúdos. O trabalhador precisa apresentar habilidades e competências múltiplas para que possa desempenhar um bom papel dentro da empresa em que atua. Portanto, o exame está dentro de uma realidade de vida e de mercado.

O ENEM é composto de duas partes: uma redação (tema proposto pelo exame) e uma parte de múltipla escolha (testes objetivos).

Nos últimos anos a média obtida pelos alunos brasileiros tem ficado em torno de 5.5. Um outro dado interessante é que os alunos da rede particular de ensino têm conseguido notas melhores do que os alunos da rede pública. (ENEM, 2013).

Veja-se o que é, e como funciona, o ProUni :

1. Condições exigidas

Para concorrer a uma bolsa, o estudante deve participar do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), na edição imediatamente anterior ao processo seletivo do ProUni, e obter a nota mínima nesse exame, estabelecida pelo MEC. Deve, também, ter renda familiar de até três salários mínimos por pessoa, e satisfazer a uma das condições abaixo:

ter cursado o ensino médio completo em escola pública ou em escola privada com bolsa integral da instituição;

ter cursado o ensino médio parcialmente em escola pública e parcialmente em escola privada com bolsa integral da instituição;

ser pessoa com deficiência;

ser professor da rede pública de ensino básico, em efetivo exercício, integrando o quadro permanente da instituição, e estar concorrendo a vaga em curso de licenciatura, normal superior ou pedagogia. Neste caso, a renda familiar por pessoa não é considerada.

2. Como se dá a seleção

A seleção para a obtenção das bolsas se dá em três fases:

a) inscrição e pré-seleção pelo MEC: o estudante escolhe a modalidade de bolsa e até cinco opções de instituições de ensino superior, cursos, habilitações ou turnos dentre as disponíveis, conforme sua renda familiar per capita e sua adequação aos critérios do programa. Em seguida, o Sistema do ProUni (Sisprouni) classifica os estudantes, de acordo com as suas opções e as notas obtidas no Enem. A nota considerada pelo ProUni é a média aritmética das notas das provas de redação e de conhecimentos gerais do Enem, isto é, a soma das duas notas dividida por dois. São geradas, então, listagens públicas dos estudantes pré-selecionados em cada curso de cada instituição.

b) aferição das informações prestadas pelo candidato pelas instituições de ensino superior: os estudantes devem comparecer às instituições de ensino, de posse dos documentos que comprovem as informações prestadas em sua ficha de inscrição, conforme portaria do MEC que regulamenta cada processo seletivo.

c) seleção feita pelas instituições: os estudantes poderão ser encaminhados para eventuais processos seletivos próprios, feitos pelas respectivas instituições. Se aprovados, são inseridos no programa mediante a emissão do correspondente Termo de Concessão de Bolsa.

A reprovação do estudante em qualquer das etapas descritas implicará a pré-seleção em segunda chamada do estudante seguinte na listagem de classificação, observando-se, rigorosamente, a ordem das notas obtidas no Enem.

3. Aferição das informações

Cabe à instituição de ensino, na figura do coordenador do ProUni, a aferição dos documentos apresentados pelo candidato para a comprovação das informações prestadas em sua inscrição no programa. Para certificar-se da veracidade das informações prestadas, a instituição pode solicitar qualquer documentação julgada necessária.

Todos os dados informados pelo candidato na ficha de inscrição devem ser ratificados na fase de comprovação de informações. Tal procedimento visa à transparência, à justiça e à lisura da seleção realizada pelo ProUni, já que o objetivo principal do programa é conceder bolsas a candidatos comprovadamente necessitados.

4. Permanência no programa

Durante o curso, o bolsista do ProUni deverá apresentar aproveitamento acadêmico de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) nas disciplinas cursadas em cada período letivo, sob pena de encerramento da bolsa. Em caso de aproveitamento acadêmico insuficiente, o coordenador do ProUni poderá ouvir o responsável pela(s) disciplina(s) na(s) qual(is) houve reprovação e autorizar, por uma única vez, a continuidade da bolsa.

[...]

9 Relação entre o ProUni e Fies

Há duas intersecções entre o ProUni e o Financiamento Estudantil (Fies). A primeira diz respeito à prioridade na distribuição dos recursos do Fies às instituições participantes do programa, conforme estabelece o art. 14 da Lei 11.096/05, que instituiu o ProUni. A segunda é a possibilidade de todos os bolsistas parciais de 50% contratarem junto ao Fies o financiamento de metade da parcela da mensalidade que não é coberta pela bolsa. As regras do Fies são as mesmas para todos os estudantes, bolsistas do ProUni ou não. Para que o bolsista do ProUni possa contratar financiamento, a instituição de ensino deve aderir a processo específico do Fies.

10. O ProUni e a formação de professores das escolas públicas

A bolsa do ProUni também é destinada a professores da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independente dos limites de renda do programa. Nesse

caso, os professores deverão estar no efetivo exercício do magistério da educação básica, integrando o quadro de pessoal permanente de instituição pública. A seleção é efetuada também por meio das notas no Enem, analogamente a qualquer vestibular.

11. Política de cotas na oferta das bolsas

O ProUni reserva, em processo seletivo, bolsas às pessoas com deficiência e aos autodeclarados pretos, pardos ou índios. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquele de cidadãos pretos, pardos e índios, por Unidade da Federação, segundo o último censo do IBGE. O candidato cotista também deve se enquadrar nos demais critérios de seleção do programa.

12. Bolsa-Permanência

O ProUni instituiu, em 2006, a Bolsa-Permanência, destinada a ajudar no custeio das despesas educacionais dos estudantes. É um benefício, de até R\$ 300,00 mensais, concedido a estudantes com bolsa integral em utilização, matriculados em cursos presenciais com no mínimo seis semestres de duração e cuja carga horária média seja superior ou igual a seis horas diárias de aula, de acordo com os dados cadastrados pelas instituições de ensino no Sistema Integrado de Informações da Educação Superior (Siedsup), mantido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

O processo de seleção dos bolsistas aptos ao recebimento da Bolsa-Permanência é feito automaticamente pelo sistema informatizado do ProUni, no início de cada semestre, observada a disponibilidade orçamentária e financeira do Ministério da Educação. (PROUNI, 2013).

Informações interessantes sobre o Sistema SISU:

O Sistema de Seleção Unificada (Sisu) foi desenvolvido pelo Ministério da Educação para selecionar os candidatos às vagas das instituições públicas de ensino superior que utilizarão a nota do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) como única fase de

seu processo seletivo. A seleção é feita pelo Sistema com base na nota obtida pelo candidato no Enem.

Pode fazer a inscrição no Sistema de Seleção Unificada (Sisu) 1º/2013, o estudante que participou do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2012 e obteve nota superior a zero na redação. É necessário informar o número de inscrição e a senha usados no Enem de 2012. (SISU, 2013).

Como funciona o Sisu?

O processo seletivo do Sisu possui uma única etapa de inscrição.

Ao efetuar sua inscrição, o candidato deve escolher, por ordem de preferência, até duas opções entre as vagas ofertadas pelas instituições participantes do Sisu. O candidato também deve definir se deseja concorrer às vagas de ampla concorrência, às vagas reservadas de acordo com a Lei nº 12.711/2012 (Lei de Cotas) ou às vagas destinadas às demais políticas afirmativas das instituições.

Durante o período de inscrição, o candidato pode alterar suas opções. Será considerada válida a última inscrição confirmada.

Ao final da etapa de inscrição, o sistema seleciona automaticamente os candidatos mais bem classificados em cada curso, de acordo com suas notas no Enem e eventuais ponderações (pesos atribuídos às notas ou bônus).

Serão considerados selecionados somente os candidatos classificados dentro do número de vagas ofertadas pelo Sisu em cada curso, por modalidade de concorrência. Caso a nota do candidato possibilite sua classificação em suas duas opções de vaga, ele será selecionado exclusivamente em sua primeira opção.

Serão feitas duas chamadas sucessivas. A cada chamada, os candidatos selecionados têm um prazo para efetuar a matrícula na instituição, confirmando dessa forma a ocupação da vaga. (TIRE..., 2013).

Como se percebe as ações afirmativas acima mencionadas são destinadas a estudantes que comprovem a renda mensal da família de até três salários mínimos, o que beneficia uma gama enorme de brasileiros economicamente desprovidos, sem fazer distinção da cor da pele ou da raça. Parece, sem dúvida, um critério mais equilibrado e que contribui de maneira mais eficaz para a chamada Justiça Social. Desse modo as cotas em universidades voltadas para a raça negra deveriam seguir o mesmo critério.

3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

De acordo com o Princípio Constitucional Igualdade todos são iguais perante a lei. Vejamos o que diz o professor José Afonso da Silva (2012):

O princípio da igualdade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Esse princípio sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da Lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalização, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (SILVA, José, 2012, p.121).

De acordo com o autor Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 658), o direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem quer perante a ordem jurídica, igualdade formal, quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida que é a igualdade material, pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Dentre outras qualificações o princípio da igualdade, como mencionado acima, se divide em igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal prescreve a igualdade de todos perante a lei, que consiste puramente nos direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais, como a Carta Magna (BRASIL, 1988) dispõe no seu art. 5º, ou seja, é a literalidade da lei.

Já a igualdade material, o seu conceito não é de difícil compreensão e interpretação, não deve ser levado em consideração só a natureza de dispensar tratamento equânime e uniformizado a todos os seres humanos, como ocorre

na igualdade formal, mas promover a equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão e oportunidades aos seres humanos.

A igualdade material tem por finalidade a igualização dos seres humanos na vida prática, na realidade fática de cada um.

Diante disso se mostra a desigualdade que traz as cotas raciais, tendo em vista que o negro ou pardo não se difere intelectualmente do branco para ser tratado de forma desigual, essa desigualdade não entra em nenhuma das formas previstas de igualdade.

A exigência da igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico da democracia, isso significa que todos, independente da raça, merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilegio ou discriminação. Ou seja, essa concessão que se faz aos negros e pardos, além de ratificar o preconceito contra eles, discrimina o branco que teve a mesma trajetória de vida que um negro ou pardo.

A essência do princípio da igualdade é evitar que se dê tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

A Constituição de 1988 preocupou-se tanto em assegurar a igualdade de todos, que prescreveu, em vários dispositivos de seu texto, que é objetivo fundamental do Estado *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"*. (BRASIL, 1988).

Nas palavras retiradas do artigo confeccionado pela professora Vivian Cristina Maria Santos (2008) no que diz respeito à igualdade de oportunidades:

Para que as pessoas possam ter acesso, em condições de igualdade, aos bens e recursos disponíveis em uma sociedade, é necessário que recebam as oportunidades igualmente, o que significa, muitas vezes, que para partirem da mesma linha, algumas pessoas precisam receber mais que outras, por estarem numa condição inferior em relação aos demais. (SANTOS, 2008, p.168).

Desse viés pode-se imaginar a única diferenciação, plausível, que é a econômico-social, os menos favorecidos estão em ponto de partida de desigualdade com os mais favorecidos, tendo em vista apenas o nível de conhecimento, porém entre os desfavorecidos se está o indivíduo de cor negra

ou qualquer outra cor. A sua desigualdade de início é apenas identificada pela carga intelectual que recebeu, ou a falta dela, durante o período de aprendizagem na escola e não pela cor da pele que possui.

Essa diferenciação deve ser procedida com relação à bagagem de conhecimentos ou das oportunidades que lhes foram oferecidas no período escolar.

Um dos argumentos adotados para a legalidade das cotas raciais é o da inclusão social, o que também se mostra incoerente, tendo em vista a realidade do País, como dispõe André Vinícius Carvalho Meira (2011, p. 22), em seu artigo O princípio da igualdade e as cotas raciais no Brasil:

[...] é a inclusão social, segundo tal argumento, os negros se encontrariam hoje em uma situação de inferioridade na disputa por vagas em universidades públicas, porque seriam socialmente excluídos em função do racismo que sofreriam.

Desse modo, as cotas raciais seriam legítimas, porque, ao funcionar como um instrumento de inclusão social dos negros, elas os trariam para uma situação de igualdade fática maior em relação aos brancos no processo de seleção para ingresso em cursos superiores.

Para se avaliar a plausibilidade desse argumento, deve-se primeiro investigar quais são os fatores objetivos que influenciam na competição por vagas em uma universidade pública. De modo geral, pode-se afirmar que os candidatos aprovados em um vestibular serão aqueles mais bem preparados para o exame, isto é, os que estudaram mais, frequentaram melhores escolas e contaram com uma estrutura melhor para aprender aquilo que lhes é cobrado nas provas de conhecimento colocadas como instrumento de seleção pelas universidades.

Ocorre que nem todos os candidatos tiveram acesso às mesmas oportunidades de estudo e de se preparar adequadamente para o vestibular. Notadamente, os filhos de famílias ricas e de classe média possuem condições muito maiores de realizar de forma apropriada tal preparação do que

aqueles oriundos de famílias pobres. Enquanto os primeiros têm a oportunidade de frequentar colégios particulares de nível elevado e contam ainda, via de regra, com um ambiente familiar mais estável, os segundos veem-se sem outra escolha que não a de serem abarcados por um sistema público de educação de péssima qualidade, tendo de suportar ainda as instabilidades familiares que a falta de recursos financeiros normalmente traz.

Por esse motivo, muitas universidades públicas adotam as chamadas cotas sociais, que beneficiam alunos oriundos de escolas públicas, com o objetivo de corrigir essas distorções sociais. (MEIRA, 2011, p. 22).

As cotas raciais retiram determinadas pessoas que fazem parte de um mesmo grupo social, ou seja, pessoas carentes economicamente para prover-lhes com escola de qualidade, professores comprometidos com a educação, bem remunerados e com nível de conhecimento mais aprofundado, diferenciando-as apenas com argumento estético, superficial, que é a cor da pele, textura do cabelo, etc.

Um bom exemplo pode ser retirado do já citado artigo do autor André Vinicius Carvalho Meira (2011), senão vejamos:

Assim, a título de ilustração, imaginemos dois jovens brasileiros pobres, moradores de uma mesma favela em uma grande cidade brasileira, ambos provenientes de famílias desestruturadas e alunos de uma mesma escola pública deteriorada, na qual frequentam a mesma classe, assistindo aulas com os mesmos professores mal remunerados e tendo acesso ao mesmo material didático precário. Possuem, portanto, condições sociais iguais, diferenciando-se apenas pela cor da pele. Enquanto um possui pele branca, o outro tem pele preta. Seria plausível estabelecer-se um tratamento desigual entre os dois, com base no critério da raça, de modo a favorecer aquele indivíduo pobre de pele preta em detrimento do outro de pele branca, somente pelo fato de possuírem tons de pele diferentes? Seria essa discriminação compatível com o princípio da igualdade? (MEIRA, 2011, p. 23).

No mesmo artigo, com muita coerência, já se tem a resposta para essa indagação:

Evidentemente que a resposta só pode ser negativa. A cor da pele desses jovens não os torna mais ou menos capazes de se preparar para um vestibular. Eles possuem exatamente as mesmas precárias oportunidades de estudo, de modo que os discriminar somente criaria, arbitrariamente, uma desigualdade onde originalmente predominava uma situação de plena igualdade fática, o que não é de forma alguma admissível pelo Direito. (MEIRA, 2011, p. 23).

Como se percebe claramente e como já dito anteriormente, que ainda poderá ser mais explorado a frente é a injustiça que se comete com duas pessoas que sofreram as mesmas precariedades na vida por serem igualmente pobres, por terem sido privados de oportunidades que só o dinheiro os traria, quando surge uma chance de conquistarem uma melhor condição na vida, essas duas pessoas voltam a sofrer mais uma discriminação, agora entre elas mesmas. No viés das cotas raciais, agora quem está sendo jogado à margem da sociedade é o branco, que nasceu pobre e agora tem oportunidades minimizadas por conta de sua pele clara.

Nesse sentido, como fica a inclusão do branco pobre no mundo de uma boa universidade? Como fica a inserção dele em uma vida mais digna que recompense seus esforços e o resgate do desequilíbrio social?

Vejamos mais uma brilhante exposição de Meira,

O argumento da inclusão social do negro como fundamento para cotas raciais peca por tentar justificá-las por meio de bases excessivamente genéricas, esquecendo-se que, concretamente, grandes injustiças podem ser cometidas com brasileiros de todas as demais cores e que sofrem igualmente com os obstáculos ao ingresso em universidades públicas que a pobreza lhes impõe. (MEIRA, 2011, p. 23).

Outro argumento usado para legalidade das cotas é da reparação histórica, uma suposta dívida que o Brasil tem com os negros pela época da escravidão, e assim dispõe Meira:

[...] através do argumento da reparação histórica, tenta-se atualmente, no Brasil, justificar o tratamento desigual entre candidatos a universidades públicas brancos e negros, com base no critério da raça. Para tanto, defende-se que, como no passado a "raça branca" teria escravizado a "raça negra", hoje essa mesma "raça negra" mereceria uma reparação histórica, que poderia ser perfeitamente realizada em detrimento da "raça branca", já que esta teria sido a agressora no passado e, portanto, poderia sofrer as consequências dessa compensação no presente. (MEIRA, 2011, p. 20).

Existe uma quantidade imensa de equívocos e imprecisões históricas e lógicas no raciocínio usado para justificar a existência e necessidade das cotas raciais. Como pode se observar, uma delas é o pressuposto histórico falso de que a escravidão foi um fato racial, originado apenas pela cor da pele dos indivíduos, em que uma raça (a branca) teria escravizado outra raça (a negra). Portanto, teria as cotas raciais, em seu fundamento intrínseco, uma forma de compensação da histórica escravidão.

Na mesma razão conclui André, expondo que na verdade, a escravidão foi um fato econômico que não seria possível sem que reais interesses comerciais relacionados ao tráfico transatlântico existissem em ambas as margens do oceano.

Ainda sobre essa discussão Sergio Pena, citado por Meira (2011, p. 21) dispõe em seu artigo, a imprecisão de se aferir a raça negra no Brasil, tendo em vista a miscigenação que há entre os tipos de raça consideradas existentes no país.

Outro ponto que se deve ressaltar aqui são as informações que o estudo da genética nos traz. Por meio de tal ciência já foi possível concluir que, no Brasil, em decorrência do elevado grau de miscigenação, não é possível aferir a ancestralidade de um indivíduo através da mera análise de características fenotípicas como a cor da pele. Sobre essa questão, afirma o médico geneticista Sérgio Pena que:

"No Brasil, a cor, avaliada fenotipicamente, tem uma correlação muito fraca com o grau de ancestralidade africana. No

nível individual qualquer tentativa de previsão torna-se impossível, ou seja, pela inspeção da aparência física de um brasileiro não podemos chegar a nenhuma conclusão confiável sobre seu grau de ancestralidade africana." (PENA apud MEIRA, 2011, p. 21).

Dessa forma conclui:

Desse modo, é totalmente descabido considerar que um candidato a uma universidade pública de cor preta possa ser privilegiado em detrimento de seu concorrente de pele mais clara, com base na presunção de que o primeiro seria necessariamente descendente de escravos e, por isso, merecedor de reparação, enquanto o segundo seria necessariamente descendente de donos de escravos, podendo, assim, sofrer as consequências dessa compensação histórica. (MEIRA, 2011, p. 21).

As cotas raciais legalizam uma desigualdade que a Constituição proíbe, a separação de pessoas por serem de raças diferentes, no caso em tela, por terem a pele negra. Os argumentos das cotas raciais, qual seja, a discriminação e o preconceito que ainda há em relação aos negros, não justifica uma cota que os beneficiem somente em função da cor da pele.

Assim, se não houver razão plausível que justifique a discriminação efetuada pelas cotas raciais, elas não serão admissíveis pelo princípio da igualdade.

O que deveria ocorrer é a junção das cotas raciais às cotas sociais. É inegável que existem no Brasil mais negros pobres do que ricos, porém a mesma escola do negro desfavorecido é a escola do branco de idênticas condições econômicas. As deficiências de ambos serão as mesmas, não se fazendo crível, portanto que no momento de ingressarem em uma Universidade que recebam tratamento desigual entre um e outro, tendo em vista que percorreram semelhante trajetória de vida, enfrentando os mesmos revezes de cunho econômico-social.

Portanto, o mais justo, socialmente, é que para esse grupo discriminado pela pobreza, pela falta de oportunidades, pelo ensino público defasado e precário, seja permitido, que disputem entre si, uma vaga na universidade pública, oportunizando entre eles a igualdade de concorrência, já que

comungaram da mesma desigualdade social e educacional, sem distinção da cor da pele.

4 RAÇAS HUMANAS E ETNIA

O termo raça vem do latim *ratio*, termo usado para categoria, espécie ou descendência.

De acordo com Amaury Silva e Artur Silva (2012):

Raça é sucessão de ascendentes e descendentes de uma família, um povo. Grupo de indivíduos cujos caracteres biológicos são constantes e passam de uma a outra geração.

Etnia: A etimologia da palavra emana do vocábulo grego ethnos, cujo significado é povo. São os grupos humanos, ou seja, os povos constituídos pelos mesmos caracteres culturais, linguísticos, raciais, artísticas e religiosos. (SILVA, Amaury; SILVA, Artur, 2012, p. 38).

As expressões etnia e raça têm, muitas vezes, os seus significados confundidos como sinônimos. Na palavra etnia estão contidos os fatores culturais e religiosos. O termo raça abrange a cor da pele, as características físicas como a estatura, o traço facial, tipo de cabelo, cor dos olhos, etc.

Meira (2011, p. 02), defende que: “[...] *do ponto de vista biológico raças humanas não existem, tendo essa constatação já se tornado um fato científico irrefutável com os avanços do Projeto Genoma Humano*”.

E conclui dizendo que: “*Desse modo, só é possível falar hoje em raças em um sentido político-sociológico, considerando-as como meras construções sociais, geralmente associadas à cor da pele.*” (MEIRA, 2011, p. 02).

De acordo com a Enciclopédia eletrônica Wikipédia,

[...] o conceito de raça não pode ser aplicado a seres humanos por não existirem genes raciais em nossa espécie; isso corrobora teses anteriores, que negavam a existência de isolamento genético dentre as populações. Assim, para a espécie humana "raça" corresponde a um conceito social, não a conceito científico.

[...]

A definição de raças humanas é principalmente uma classificação de ordem social, onde a cor da pele e origem social ganham, graças a uma cultura racista sentidos, valores e significados distintos. As diferenças mais comuns referem-se à cor de pele, tipo de cabelo, conformação facial e cranial ancestralidade e, em algumas culturas, genética. [...] (RAÇA, 2013).

Ainda de acordo com a Wikipédia, complementando o assunto, pode-se perceber o seguinte:

A composição étnica da sociedade brasileira é resultado de uma confluência de pessoas de várias origens étnicas diferentes, dos povos indígenas originais, até a chegada dos colonizadores escravos negos e de recentes ondas imigratórias de europeus, árabes e japoneses, além de outros povos asiáticos e de países sul-americanos.

A análise de marcadores genéticos revelam que os brasileiros de todas as regiões do país são racialmente mistos e predominantemente de origem europeia - incluindo a maioria das pessoas que se definem como pardas e negras.

Poucos países no mundo tiveram a rica interação de diferentes "raças" e etnias como ocorreu no Brasil. Desde a chegada dos primeiros colonos portugueses assistiu-se à miscigenação em massa com os índios. Décadas depois, com a chegada de escravos negros, formou-se uma população trí-híbrida.

O perfil da população brasileira de acordo com estudo realizado pelo geneticista brasileiro Sergio Pena em 2011, baseando-se no estudo genético autossômico, levado a cabo pelo renomado geneticista, e contando com aproximadamente 1000 amostras de todas as regiões do país, demonstra que os Brasileiros "brancos" na maior parte das regiões brasileiras possuem ancestralidade africana, no geral, em nível inferior a 10%, sendo que os "pardos" brasileiros, no geral, possuem

ancestralidade Europeia em grau predominante, sendo o componente Europeu o principal na formação da população brasileira, junto com o Africano (em grau menor do que o Europeu, embora significativa), e o Indígena (em grau inferior aos componentes Africano e Indígena).

De acordo com um estudo autossômico realizado em 2008, pela UnB, a população brasileira é formada pelos componentes Europeu, Africano, e Indígena, com as seguintes proporções: 65,90% de contribuição europeia, 24,80% de contribuição africana e 9,30% de contribuição indígena.

[...] No Brasil, a raça é frequentemente “algo passageiro”, ou “raça social”, na expressão encontrada por Valle e Silva para explicar o uso travesso da cor e entender o “efeito branqueamento” que há no País. Há, portanto, uma discrepância entre a cor atribuída e a cor auto percebida, que estariam relacionadas com a própria situação socioeconômica dos indivíduos.

O mesmo entrevistado formulará diferentes respostas sobre sua raça tendo em mente a cor ou posição social e cultural da pessoa que formula a pergunta. (COMPOSIÇÃO..., 2013).

5 PRECONCEITO

O surgimento do racismo no Brasil começou no período colonial, quando os portugueses trouxeram os primeiros negros, vindos principalmente da região onde atualmente se localizam Nigéria e Angola.

Os negros foram trazidos ao Brasil para servirem de escravos nos engenhos de cana-de-açúcar devido às dificuldades da escravização dos ameríndios, os primeiros habitantes brasileiros do qual se tem relato.

[...] Outras motivações para a escravidão negra foram o convívio com as doenças dos brancos e de seus animais, por terem contatos há séculos com povos brancos e a domesticação

dos animais utilizados por eles, e juntamente com a motivação financeira, pois o tráfico negreiro foi a maior fonte de renda do período colonial. (PRECONCEITO, 2013).

Como se extrai do livro dos autores Amaury Silva e Artur Silva (2012, p. 25), “o racismo é o exercício de uma atitude preconceituosa voltada contra determinado grupo racial, por indivíduos que acreditam ser superiores a outra raça, em virtude de seus caracteres físicos, culturais, intelectuais, econômico financeiro, entre outros”.

O dicionário Michaelis, traz as seguintes definições para os vocábulos preconceito e racismo:

Preconceito: 1. Conceito ou opinião formadas antes de ter os conhecimentos adequados. 2. Opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou razão. 3. Superstição que obriga a certos atos ou impede que eles se pratiquem. 4. Sociol Atitude emocionalmente condicionada, baseada em crença, opinião ou generalização, determinando simpatia ou antipatia para com os indivíduos ou grupos. P. de classe: atitudes discriminatórias incondicionadas contra pessoas de outra classe social. P. racial: manifestação hostil ou desprezo contra indivíduos ou povos de outras raças. P. religioso: intolerância manifesta contra indivíduos ou grupos que seguem outras religiões.

Racismo: 1. Teoria que afirma a superioridade de certas raças humanas sobre as demais. 2. Caracteres físicos, morais e intelectuais que distinguem determinada raça. 3. Ação ou qualidade de individuo racista. 4. Apego a raça. (MICHAELIS, 2009).

De acordo com Amaury Silva e Artur Silva (2012, p. 26), “preconceito discriminatório nem sempre possui caráter racista.”

Como explicitado acima, além da raça, pode haver também manifestações preconceituosas em razão da cor, da idade, do sexo, da religião, entre outras. Pelo vocábulo racismo, compreende-se um preconceito capaz de discriminar um individuo em virtude de sua raça e de sua cor, não abarcando as formas

preconceituosas atinentes à idade, ao sexo, à religião, à orientação sexual, etc. *“Preconceito é gênero, racismo é espécie de preconceito”*, conforme preceituam Amaury Silva e Artur Silva (2012, p. 27).

De maneira bastante pedagógica e mais completa prelecionam Amaury Silva e Artur Silva (2012, p. 38) que:

Preconceito é um sentimento que vem do interior do ser humano materializado por atitudes de antipatia e desprezo exercidas contra determinados indivíduos, por não aceitá-los em razão da sua raça, cor, origem, classe social, deficiência física, orientação sexual, entre outras.

O preconceito discriminatório nem sempre possui caráter racista. Além da raça, pode haver também manifestação preconceituosa em razão da cor, da idade, do sexo, da religião, entre outras.

Preconceito é gênero, racismo é espécie de preconceito.

Preconceito de idade é discriminar um indivíduo obstando-se de ingressar no mercado de trabalho por questão da idade, quando esta não dificulta a realização dos trabalhos, não interferindo negativamente na execução do labor.

Preconceito quanto ao sexo também se encontra contido no fato de se vedar a contratação de pessoas de determinado sexo, ou se admitir somente pessoas de um sexo específico, quando a natureza da atividade não impede a sua realização por pessoas de ambos os sexos.

O preconceito religioso consiste na discriminação do indivíduo em decorrência de sua crença religiosa, também muito comum em nossa sociedade.

O preconceito quanto a orientação sexual é o ato de se segregar o sujeito por não compartilhar, com ele, da mesma preferência. Ato comezinho enfrentado por pessoas de natureza homoafetiva, ao serem preteridas na contratação pelo mercado de trabalho. (SILVA, Amaury; SILVA, Artur, 2012, p. 38).

No Brasil o racismo se estende à condição social dos indivíduos, à educação, às oportunidades que o dinheiro pode proporcionar, e não mais se restringe na cor da pele.

Nesse sentido vejamos uma boa definição retirada da Enciclopédia eletrônica Wikipédia:

O preconceito racial no Brasil é o que alguns autores chamam de preconceito “de marca”, ou seja, que recai sobre o fenótipo do indivíduo (tipo de cabelo, traços e cor da pele). Ele não recai diretamente sobre a ancestralidade, pois no Brasil as classificações raciais se baseiam mais na aparência física da pessoa do que na ancestralidade. É um racismo que aparece como expressão de foro íntimo, mais apropriado ao recesso do lar. A escravidão foi abolida, houve a universalização das leis, mas o padrão tradicional de acomodação racial não foi alterado, mas apenas camuflado. Apesar da tão falada “miscigenação brasileira”, um sistema enraizado de hierarquização social com base em critérios como classe social, educação formal, origem familiar e na raça continuaram. [...]

O racismo no Brasil está nas diferenças no acesso à educação e ao lazer, na distribuição desigual de rendas, marcas da discriminação que fugiam à alçada oficial, mas que eram evidentes no cotidiano. [...]

O racismo brasileiro é de foro íntimo, presente na intimidade, mas camuflado quando toma a esfera pública. Ele se reflete nas relações pessoais mais íntimas, num modelo antigo de hierarquização social e de oportunidades desiguais entre os cidadãos. (COMPOSIÇÃO..., 2013).

6 O SISTEMA DE COTAS E A RATIFICAÇÃO DO PRECONCEITO

O sistema de cotas para negros pode, deveras, ferir o Princípio da Igualdade previsto no art. 5º da CF (BRASIL, 1988), e o Princípio da Isonomia, em razão da distinção que se faz entre negros e não negros, posto que essa distinção feita entre pessoas da mesma classe social utilizando-se o critério da

cor da pele pode aflorar o preconceito que porventura exista entre as pessoas em razão da cor da pele.

A separação dessas cotas para negros parece ignorar o conhecimento intelectual e individual de cada pessoa, privilegiando um único critério objetivo baseado apenas na cor da pele.

De acordo com o Princípio da Isonomia que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, não se poderiam criar vagas para negros ignorando os brancos que tenham as mesmas condições econômicas e sociais, pois adotando a distinção apenas de cor entre estudantes de semelhante status, se estaria discriminando os que possuam outros matizes de cor de pele.

Nesse sentido, CAMPOS (2012) indaga: *“mas, como fica o miserável branco que mora na favela? Este continua discriminado, com baixas chances, sem cotas em lugar algum, sem representantes que lhe defendam e sem o apoio do tal movimento social.”*

Também nesse sentido, vale citar o entendimento do jornalista, advogado, escritor e produtor cultural Mario Chaves (2003):

[...] além de ser uma aberração constitucional é uma ruptura brutal do critério do mérito que deixa em frangalhos a motivação dos esforço pessoal do aprendizado e avilta o valor do conhecimento para brancos, negros, pardos, amarelos, cidadãos de qualquer cor e raça. (CHAVES, 2003).

A Ratificação do preconceito, a discriminação positiva, a distinção, ainda que para concessão de privilégios ou prerrogativas, pode materializar a visão separatista das pessoas em razão de suas características físicas, étnicas ou raciais.

Essa oportunidade maior concedida aos negros, na verdade, serve para acentuar uma possível discriminação entre negros e não negros que tenham mesma condição econômica social, dando a entender que os negros teriam uma dificuldade maior simplesmente por possuírem pele escura, o que é uma inverdade principalmente na esfera intelectual.

A separação dessas vagas só reafirma o paradigma de uma distinção de pessoas pela cor da pele.

Com a afirmação da constitucionalidade das cotas para os negros está se instituindo o racismo e legalizando uma prática de diferenciação entre os povos em função da cor da pele. A efetivação dessa política positiva está distanciando o igualitarismo entre as múltiplas raças e suas variações, existentes em nosso país.

A cota racial está afirmando que existe uma diferença entre as pessoas dependendo da sua raça ou simplesmente pela sua cor de pele, quando institui que negros devem ter privilégios em detrimento dos brancos na hora de ingressar em uma universidade pública, quando deveria apenas ser levado em conta o conhecimento e o esforço de cada estudante.

Porém, diante da triste realidade que é atualmente o ensino público, que tem um total descredito em virtude da não valoração pelo próprio governo que o subsidia, coerente seria que os alunos que dependem desse ensino tenham um incentivo na hora de ingressar em uma universidade pública. Contudo, todos esses alunos sem discriminação de raça, haja vista que já sofrem a discriminação do ensino precário.

Como pode ser percebido o que acontece com esses alunos oriundos de um ensino de má qualidade, é que simplesmente são inseridos na Universidade apenas pela qualificação de ser negro e não pelo mérito cultural, senão vejamos matéria publicada na Folha de São Paulo:

Cotistas têm desempenho inferior entre universitários

Alunos de graduação beneficiários de políticas de ações afirmativas, como cotas e bônus, têm apresentado desempenho acadêmico pior que os demais estudantes nas universidades públicas do país, mostram estudos recentes.

As pesquisas também concluem que a diferença de notas perdura até o fim dos cursos e costuma ser maior em carreiras de ciências exatas.

Universitários que ingressaram em instituições públicas federais por meio de ação afirmativa tiraram, em média, nota 9,3% menor que a dos demais na prova de conhecimentos específicos do Enade (Exame Nacional de Desempenho de Estudantes), que avalia cursos superiores no país.

No caso das universidades estaduais, cotistas e beneficiários de bônus tiveram nota, em média, 10% menor.

Os dados fazem parte de estudo recente dos pesquisadores Fábio Waltenberg e Márcia de Carvalho, da UFF (Universidade Federal Fluminense), com base no Enade de 2008, que pela primeira vez identificou alunos que ingressaram por políticas de ação afirmativa.

Foram analisados os desempenhos de 167.704 alunos que estavam concluindo a graduação nos 13 cursos avaliados em 2008, como ciências sociais, engenharia, filosofia, história e matemática.

"Encontramos diferenças razoáveis. Não são catastróficas como previam alguns críticos das ações afirmativas, mas é importante registrar que existe uma diferença para não tapar o sol com a peneira", diz Waltenberg.

Para ele, o desnível atual é um preço baixo a se pagar pela maior inclusão. Mas ele ressalta que, com a ampliação da política de cotas (que atingirão 50% das vagas das federais até 2016), é possível que o hiato entre as notas se amplie.

EVASÃO MENOR

Pesquisa recente feita pelo economista Alvaro Mendes Junior, professor da Universidade Cândido Mendes, sobre o resultado de ações afirmativas na Uerj (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) revela que o nível de evasão entre os cotistas na universidade é menor do que entre outros estudantes.

Mas os dados levantados por ele --que acompanhou o progresso de alunos que ingressaram em 2005 em 43 carreiras-- confirmam as disparidades de desempenho.

O coeficiente de rendimento (média das notas) de alunos não beneficiários de ações afirmativas que se formaram até 2012 foi, em média, 8,5%, maior do que o dos cotistas. Em carreiras como ciência da computação e física essa diferença salta para, respectivamente, 43,2% e 73,2%. (FRAGA, 2013).

Esses alunos devem obter tratamento diferenciado não por pertencerem a família de negros ou a qualquer outra família, mas sim por dependerem de um ensino defasado, no qual educadores não dispõem de seu conhecimento máximo e nem procuram se qualificar mais, tendo em vista a desvalorização que sofrem quando não recebem o reconhecimento estrutural de trabalho e também salarial que deveriam receber do governo.

Diante desse quadro, o governo tenta dirimir esse problema educacional criando ações afirmativas, separando grupos de alunos, brancos para um lado, negros para o outro, tentando dessa forma incluir o maior número deles na universidade pública, e, portanto, legalizando diferenciações entre grupos o que é vedado pela Constituição Federal, e moralmente inaceitável em pleno século XXI.

7 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Revista Veja, em artigo publicado em 26 de abril de 2012, apresentou a decisão do STF proferida em julgamento, em 24 de abril de 2012:

Por dez votos a zero, uma votação unânime, o Supremo Tribunal Federal julgou, no dia 24 de fevereiro de 2012, constitucional o sistema de cotas raciais que reserva a estudantes negros parte das vagas de universidades públicas brasileiras. Ao contrário do que ocorreu em votações recentes de destaque, como a interrupção da gravidez e de fetos anencéfalos e a união de pessoas do mesmo sexo, a corte não assumiu o papel do legislador. Como poucas vezes antes, no entanto, a corte insistiu numa interpretação específica da Constituição de 1988 que lhe daria a missão de buscar uma "justiça substantiva" e não apenas "formal".

O Relator da ação, o ministro Ricardo Lewandowski deixou clara essa idéia nos primeiros instantes do julgamento. "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", lembrou Lewandowski. "Com essa expressão o legislador constituinte acolheu a ideia de que ao estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo." E emendou: "Não se ateuve ele, simplesmente, a proclamar o

princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no país”.

Para que a "igualdade material" seja levada a cabo, defendeu o ministro, o estado pode adotar as chamadas "ações afirmativas", das quais as cotas raciais são o exemplo mais notório. O próprio ministro apontou, e relevou, os efeitos contrários da reserva de mercado adotada por universidades públicas. "Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global." Ressalvou apenas que as cotas devem adotar critérios "razoáveis" e sobreviver por "tempo limitado".

Acompanharam o voto do relator Luiz Fux ("Uma coisa é vedar a discriminação e outra é implementar políticas que visem a redução da discriminação racial"), Rosa Weber ("Sem condições materiais mínimas, não há chance de igualdade (...) Nesses casos, é necessária a intervenção do estado"), Cármen Lúcia ("A Constituição parte da igualdade para a igualação"), Cezar Peluso ("Não posso deixar de concordar com o relator que ideia é adequada, necessária, tem peso suficiente para justificar as restrições que traz a certos direitos de outras etnias"), Marco Aurélio Mello ("Não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta acima de tudo a igualdade") e Celso de Mello ("Cotas são instrumento compensatório"). Joaquim Barbosa, único negro da corte e defensor inequívoco das cotas, fez uma apresentação breve. (AO APROVAR..., 2012).

Ressalta que o Ministro Gilmar Mendes, apesar de votar a favor das cotas, acha mais coerente adotar critério sócio- econômico dos estudantes.

[...] Mesmo votando com a maioria, o ministro Gilmar Mendes fez ressalvas às cotas. Se o alvo é a igualdade, disse ele, melhor seria observar a condição financeira dos candidatos. "Seria mais

razoável adotar-se um critério objetivo de referência de índole sócio-econômica", disse.

O ministro criticou duramente ainda outras imperfeições do modelo, como a eleição de um "tribunal racial", responsável nas universidades por apontar quem pode ser beneficiado pela reserva de vagas.

"Todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias e eventuais de caráter voluntário a partir desse tribunal que opera com quase nenhuma transparência.

Se conferiu a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter de dizer quem é branco e quem é negro em uma sociedade altamente miscigenada."

É também mais do que duvidosa a ideia de que a função das universidades seja sanar desigualdades sociais. As melhores instituições acadêmicas do mundo são centros de excelência que escolhem seus estudantes para produzir conhecimento - e não para realizar a justiça. Preterir um candidato por outro menos qualificado tende a empobrecer a universidade, e tornar mais difícil a ela realizar o seu papel. Nesse sentido, uma discussão que ressaltasse a importância da pluralidade num ambiente acadêmico estaria melhor encaminhada. Esse valor só apareceu como coadjuvante no debate do Supremo. "A Constituição Federal preceitua", lembrou o relator, "que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: igualdade de condições para acesso e permanência na escola; pluralismo de ideias e gestão democrática do ensino público."

[...] Segundo dados da Educafro, ONG defensora do regime racial, dez anos de cotas colocaram 110.000 estudantes nas universidades públicas brasileiras. Enquanto isso, 26 milhões de crianças e adolescentes de escolas públicas de ensino fundamental, que não aprendem o que deveriam e precisam, esperam por uma "ação afirmativa" que as conduza ao menos até o ensino médio. Pouquíssimos chegam às portas do nível superior para receber o empurrão definitivo para dentro de uma

universidade de ponta. Elevar efetivamente o ensino fundamental público, possibilitando a crianças de escolas dos governos ombrear com aquelas das unidades privadas, daria mais chances à transformação nacional com que sonham ministros do STF e os brasileiros de bem. Em seu voto a favor das cotas, Lewandowski se apoiou adicionalmente no argumento de que "o que não se admite é a desigualdade no ponto de partida". É difícil imaginar um ponto mais propício para a partida igualitária entre brasileiros do que o ensino fundamental. (AO APROVAR..., 2012)

Como já demonstrado acima, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência das cotas raciais, com o quase geral argumento de que a Constituição impõe uma reparação de danos pretéritos do País em relação aos negros.

O STF embasou a argumentação do julgado da procedência da constitucionalidade das cotas como se fosse uma obrigação de retratação do País com os negros ainda pela época da escravidão, como se o País a partir de agora tivesse pagando sua dívida pela famigerada época da escravidão.

Como se extrai do livro dos autores Amaury Silva e Artur Silva (2012).

[...] com essa decisão, ficaram de fora do benefício das cotas, os indivíduos de peles claras, também de famílias historicamente hipossuficientes. E ainda acrescenta, que em alguns anos encontraremos uma gama enorme de indivíduos negros culturalmente e economicamente providos, em detrimento da população branca e pobre que não teve acesso as universidades, para a qual terá que se travar uma nova peleja, desta vez, a luta por cotas universitárias destinadas a população branca e pobre.

A origem dessa problemática se dá desde a época do escravagismo no Brasil, quando os negros eram considerados seres inferiores aos homens brancos e tidos como propriedade econômica, à maneira dos animais. Foi abolida essa aberração social com a assinatura da Lei Áurea em 13 de Maio de 1888. Esse dispositivo legal libertou os negros de seus senhores, passando eles a serem os donos de seus próprios destinos e desde então, apesar disso, em algumas situações, não se desmitificou que

negros não são diferentes dos brancos e não tem que, de alguma forma, serem protegidos, colocados em alguma situação de diferença para poderem competir com os brancos, mesmo diante de inúmeras proibições de qualquer tipo de diferenciação e preconceito em detrimento da cor da pele das pessoas. (SILVA, Amaury; SILVA, Artur, 2012, p. 34).

A CF (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, caput, instituiu de vez a proibição de qualquer diferença entre os povos, seja de que natureza for, afirmando que todos são iguais perante a Lei.

O sistema de cotas raciais está diferenciando os negros dos brancos novamente, os tratando como minoritários na sociedade e frágeis perante a representação social havida como branca.

Ora é evidente que, no Brasil, o número de pessoas não brancas é expressivamente maior que os de pele clara, em razão da miscigenação racial que se desencadeou a partir da abolição, dos movimentos das grandes navegações, e também com as importações de escravos, além dos reflexos das revoluções que vieram com o século XXI trazendo ao Brasil novos empreendedores de países e etnias diferentes.

Temos cidades como Salvador, no Estado da Bahia, Capital considerada como a terceira em termos de população, que é reconhecida mundialmente como a cidade de maior população negra fora do Continente Africano. Infelizmente pode-se estar ratificando uma diferença entre o negro e o branco, que na realidade e no dia a dia das pessoas não se admite ou não se percebe.

8 DIREITO COMPARADO

Na busca ao direito comparado, não foi encontrada muita informação sobre o assunto em outros países, mas abaixo há uma breve citação do nascedouro das ações afirmativas.

Convém trazer à discussão alguns dados sobre a gênese do sistema de cotas, em experiência da América do Norte, segundo Pedras (2012):

O sistema de cotas raciais surgiu nos Estados Unidos, no ano de 1961, sob a presidência de John Kennedy, como uma forma de ação afirmativa voltada para combater os danos causados pelas

leis segregacionistas que vigoraram entre os anos de 1896 e 1954, as quais impediam que os negros frequentassem a mesma escola que os brancos americanos. No final dos anos 70, a Suprema Corte Americana declarou inconstitucionais as cotas para negros e outras minorias. O Juiz Anthony Kennedy em seu voto sobre as ações afirmativas declarou: "Preferências raciais, quando corroboradas pelo Estado, podem ser a mais segregacionista das políticas, com o potencial de destruir a confiança na constituição e na ideia de igualdade". Cotas para negros: avanço ou retrocesso? (PEDRAS, 2012).

Como pode se perceber a inconstitucionalidade das cotas raciais já foi um assunto debatido nos Estados Unidos, quando foi julgada inconstitucional por se considerada uma ratificação do preconceito feita pelo próprio Estado, passando por cima dos ditames da própria constituição, quando deveria o próprio Estado zelar por sua guarda e observância.

A cota racial como demonstrado acima, ainda na década de 70, quando foi discutida e abolida pelo governo americano foi tida como a quebra da igualdade defendida pela Carta Magna, portanto, logicamente julgada inconstitucional.

O que se pode deduzir com essa comparação é o retrocesso do Brasil quando julgou constitucional a instituição das cotas raciais, assunto este que em país bem mais desenvolvido como os Estados Unidos, já na década de 70 acertadamente julgou inconstitucional a diferenciação de grupos raciais.

Portanto a dedução mais lógica, entretantes, que se pode tirar da referência é que o assunto é bastante antigo e que há muito tempo incomoda as pessoas que o vêm pelas mais diferentes perspectivas e as mais diferentes formas de interpretação constitucional referente ao Princípio da Igualdade e o Princípio da Isonomia.

9 CONCLUSÃO

Pode-se inferir sem grande esforço que o direcionamento do sistema de cotas para negros se afigura como ratificação do preconceito, o que é constitucionalmente vedado, reconhecido como prática criminosa, sendo mais viável e lógico que fosse voltado para pessoas, independentemente da cor da

pele, de baixa renda, que comprovadamente estudaram sempre em escolas públicas.

Não há como negar que o ensino público, de algumas décadas para cá, tem sido de qualidade inferior, se comparado ao ensino privado, com escolas mais equipadas com educadores melhor capacitados, mais estimulados devido ao retorno financeiro que esses alunos dão a essas escolas, de custo altíssimo, não sendo assim acessível a estudantes de classe média ou baixa.

Nessas condições faz total sentido a separação de vagas, em Universidades Públicas, para alunos que se diferenciam dos demais por sua condição financeira, que lhes acarreta, por isso, um déficit educacional no aprendizado em geral, que nada tem a ver com sua tonalidade de pele.

A questão é meramente de ordem financeira, haja vista a herança recebida de um passado escravista que deixou como legado a pobreza. Do mesmo modo, indivíduos de pele branca, cujos antepassados eram pobres, enviados ao Brasil pelos portugueses, pelos holandeses, pelos espanhóis, com o desiderato de trabalhar na colonização do Brasil e povoá-lo, também se encontram hoje em estado de vulnerabilidade financeira, com as mesmas dificuldades de acesso à educação de nível superior, motivo pelo qual as aludidas cotas deveriam ser estendidas a todas as pessoas economicamente hipossuficientes.

A capacidade intelectual das pessoas, além dos fatores genéticos, está na sua formação, no que lhe é oferecido para a expansão e aprimoramento de seus conhecimentos e não, definitivamente, na cor da sua pele.

Os alunos negros não se diferenciam dos alunos brancos que foram submetidos ao mesmo ensino público.

As ações afirmativas já regulamentadas pelo governo como o ENEN, PROUNI e SISU não fazem distinção entre alunos pela cor da pele já que o seu objetivo é beneficiar os alunos de escolas públicas que sejam economicamente desfavorecidos.

Como já explanado, as cotas raciais deveriam se fundir às cotas sociais, assim beneficiariam todos os alunos que fazem jus a esse benefício, ou seja, os provenientes de escolas públicas, que se submetem a um ensino defasado, o que deixa o universo discente, composto de negros, pardos e brancos, em situação de inferioridade aos alunos de instituições privadas que usufruem de um ensino de melhor qualidade.

Não se mostra plausível diferenciar pessoas pela cor da pele em pleno século XXI, ainda que com o pretexto inclusivo, depois de tantas discussões, obras e leis sobre a abominação do racismo e da diferenciação das pessoas pela tonalidade da pele.

Não é justo desencravar a história da escravidão para tentar compensar os negros que tanto sofreram naquela época. Isso apenas recrudesce a discussão sobre possível diferença entre negro e branco, tão marcante em tal época.

Também durante a presente pesquisa ficou demonstrada a grande dificuldade de se distinguir no Brasil o negro e o branco, tendo em vista a alta miscigenação existente no país. As raças começaram a se fundir desde a própria época da escravidão quando negros já alforriados se casavam com brancos e formavam famílias com irmãos com a cor da pele diferente.

Com o passar dos tempos não aconteceu diferente, atualmente há famílias constituídas entre brancos e negros com filhos que predominância de cor de um ou de outro ou com média tonalidade de pele. Tudo isso inviabiliza a distinção de raça entre eles, como no exemplo já citado no decorrer da pesquisa, o que certamente proporcionar no critério de escolha ou distinção entre irmãos consangüíneos.

Portanto, o que se pode extrair das cotas raciais é que agora quem poderá ser discriminado e tolhido de suas chances será o branco pobre, que terá diminuída a possibilidade de ingressar em uma universidade pública.

REFERÊNCIAS

AO APROVAR cotas, STF busca “justiça material”. **Veja**: Educação, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/ao-aprovar-cotas-stf-busca-justica-material>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

APÓS decisão do STF, Folha critica cotas raciais. **Brasil 247**, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/56681/>>. Acesso em 28 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm >. Acesso em: 07 mai. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm>. Acesso em: 07 mai. 2013.

CAMPOS, Fábio. E o branco miserável da favela? **O Povo online**, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/colunas/fabiocampos/2012/04/28/noticiasfabiocampos,2829430/e-o-branco-miseravel-da-favela.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

CHAVES, Mauro. Querem guerra racial no Brasil?. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 39939, 22 fev. 2003, p. A2. Disponível em: <<http://www.estado.com.br>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

COMPOSIÇÃO étnica do Brasil. Wikipédia. Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Composiçã_étnica_do_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Composi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A9tnica_do_Brasil)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

COTAS no Ensino Público Superior. **Terra Notícias**. Disponível em <<http://www.terra.com.br/noticias/educacao/infograficos/cotas-no-brasil/>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, **Curso de direito constitucional**, 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

DILMA sanciona lei que regulamenta as cotas nas universidades federais. **Infolatam/Efe**, Rio de Janeiro, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://www.infolatam.com.br/2012/10/16/dilma-sanciona-lei-que-regulamenta-as-cotas-nas-universidades-federais/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio. **Sua Pesquisa.com**. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/enem/>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

FRAGA, Érica. Cotistas têm desempenho inferior entre universitários. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2013/04/1269984-cotistas-tem-desempenho-inferior-entre-universitarios.shtml>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

HISTÓRIA do racismo. Wikipédia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_do_racismo>. Acesso em: 15 mar. 2013.

HUPSEL, Walter. Re-velado. **Blog On The Rocks**. Yahoo! Notícias, 28 abr. 2012. Disponível em <<http://br.noticias.yahoo.com/blogs/on-the-rocks/velado-021033899.html>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

LESME, Adriano. Federais poderão ser obrigadas a reservar 50% das vagas para cotas. **Brasil Escola Notícias**, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://vestibular.brasilecola.com/noticias/federais-poderao-ser-obrigadas-reservar-50-das-vagas-para-cotas/319501.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

MEIRA, André Vinicius Carvalho. O principio da igualdade e as cotas raciais no Brasil. **Alethes**: Periódico Científico dos Graduandos em Direito – UFJF, Juiz de Fora, n. 3, ano 2, nov./mai. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicoalethes.com.br/media/pdf/3/o-principio-da-igualdade-e-as-cotas-raciais-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

MICHAELIS: Dicionário de português online. Preconceito. In: MICHAELIS: Dicionário de português online. São Paulo: Melhoramentos LTDA, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=preconceito>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

MORAES. Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 517.

PEDRAS, Alexandre Brígido de Alvarenga. Cotas para negros: avanço ou retrocesso? **Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, 10 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iamg.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=509>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

PROUNI - Como Funciona. **Ministério da Educação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=202>. Acesso em: 21 mar. 2013.

RAÇA. Wikipédia. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ra%C3%A7a>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

SANTOS, Vivian Cristina Maria. Breves Considerações sobre o Princípio da Igualdade. **Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen**. Belo Horizonte, v.1, n.1, p. XX, jan./dez. 2008.

SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de racismo**. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo.35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012

SISU - Sistema de Seleção Unificada. **Ministério da Educação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16185>. Acesso em: 21 mar. 2013.

TIRE suas Dúvidas. **Sisu – Sistema de Seleção Unificada**, Ministério da Educação. Disponível em: <http://sisu.mec.gov.br/tire-suas-duvidas#sisu_e_prouni>. Acesso em: 21 mar. 2013.