

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 895

(Ano XI)

(02/03/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

# Conselho Editorial

**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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



27/02/2019 Luiz Flávio Gomes

» [Homofobia ou transfobia é crime, diz ministro Celso de Mello](#)

### ARTIGOS

01/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Da constitucionalidade do art. 305 do CTB versus o princípio da não incriminação.](#)

01/03/2019 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Introducing myself! As razões de um inocente confesso.](#)

01/03/2019 Daniel de Souza Vellame

» [Imposto de renda retido na fonte em remessa de valores para o exterior. Hipótese de incidência da alíquota reduzida \[6% \(seis por cento\)\]. A questão das cartas de domicílio fiscal](#)

28/02/2019 Flavio Vinicius Alves Cordeiro

» [Análise sobre o acesso pelo Ministério Público aos dados do sistema de registro de bens dos agentes públicos do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte](#)

28/02/2019 Daniel de Souza Vellame

» [Inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio do Estado do Rio de Janeiro](#)

28/02/2019 Evandro Pires de Lemos Júnior

» [O regime favorecido para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas - uma leitura sistemática das normas previstas na LC 123/2006 que preveem a realização de licitações com participação exclusiva de microempresas e EPP](#)

28/02/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública para fornecimento de remédios](#)

27/02/2019 Carlos Alexandre de Castro Mendonça

» [Garimpeiro - enquadramento na legislação previdenciária](#)

27/02/2019 Rayanna Silva Carvalho

» [A desnecessidade de comprovação de insolvência do devedor para desconsideração da personalidade jurídica](#)

27/02/2019 Raimundo Francisco Filho

» [O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: um estudo sobre o aspecto espacial, a regramatriz da incidência e as hipóteses de exceção estabelecidas no Art. 3º da LC nº 116/2003](#)

26/02/2019 Douglas Pereira da Silva

» [Perda da graduação dos militares das forças auxiliares a partir de 1988: uma análise jurisprudencial](#)

26/02/2019 Fabiana Barbosa Siqueira

» [Poder de polícia: proporcionalidade e abuso de poder](#)

26/02/2019 Patrícia Napoleão de Oliveira

» [A abordagem restaurativa: um contraponto com a justiça retributiva](#)

26/02/2019 Orliênio Antônio Gonçalves da Silva

» [A prisão após condenação em segunda instância. Ensaio sobre a compatibilização com o princípio da presunção de inocência](#)

25/02/2019 Patrícia Napoleão de Oliveira

» [Justiça restaurativa: origem e evolução como método de solução extrajudicial de conflitos](#)

25/02/2019 Carlos Alexandre de Castro Mendonça

» [A Construção do Estado Democrático de Direito](#)

25/02/2019 Orliênio Antônio Gonçalves da Silva

» [A redução da maioria penal. Discussão de alternativas viáveis à alteração legislativa](#)

25/02/2019 Benigno Núñez Novo

» [A saúde pública no Brasil dos últimos anos do século XIX e início do século XX - Marcas das lutas e dos movimentos sociais que culminaram em ações de reconhecimento Estatal](#)

25/02/2019 Vagner Luciano de Andrade

» [Percepção, desafios e cenários do transporte na grande BH \(1978-2048\): quando o metroferroviário será uma prerrogativa legal cumprida e o principal meio de atendimento ao público?](#)

## HOMOFOBIA OU TRANSFOBIA É CRIME, DIZ MINISTRO CELSO DE MELLO

**LUIZ FLÁVIO GOMES:** Deputado Federal por São Paulo (2019-2023) - 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.

Por analogia, diz o voto do ministro Celso de Mello, é possível enquadrar como crime de racismo (previsto na Lei 7.716/89) toda discriminação ou preconceito (descrito nesta lei) relacionado à orientação sexual (homofobia) ou identidade de gênero (transfobia).

Velha lição de direito penal diz que não se pode admitir crime por analogia (aplicar uma lei penal prevista para o caso "A" ao caso "B"). A lição continua intacta, porém, com uma exceção: quando há recalcitrância discriminatória (comprovada) do legislador de cumprir o seu papel de proteção dos direitos da pessoa previstos na Constituição.

A Constituição não quer nem excesso, nem proteção insuficiente dos direitos das pessoas. Nem mais, nem menos.

O que está proibido se fazer tendo como motivação a raça, a cor, a procedência, a etnia e a religião, também está vedado por razões de orientação sexual (nascer com um sexo e ter distinta orientação – homofobia) ou identidade de gênero (nasce com um sexo, mas assume outra identidade – transfobia).

O legislador, em 1989, quando legislou sobre o racismo, fez referência a várias motivações discriminatórias (raça, cor, etnia, religião, procedência), mas deixou a lacuna da orientação sexual ou identidade de gênero. Houve omissão legislativa.

Depois, desde o começo dos anos 2000, tudo se tentou para suprir a lacuna (vários projetos de lei foram iniciados), mas o legislador brasileiro não avançou nada no assunto. Omissão imperdoável, diz o ministro Celso de Mello.

A decisão do ministro representa um ativismo judicial, mas, no caso, não é injustificado, porque é patente a recusa do legislador em cuidar da matéria.

Duplo é o significado da decisão:

(i) o legislador não pode praticar abuso nem sequer na omissão. Ninguém pode abusar do seu poder (nem por ação, nem por omissão). Ele não pode ser um omissor recalcitrante, teimoso, persistente; diante dessa omissão reiterada, o Supremo vai suprir a omissão, aplicando algum texto análogo do ordenamento jurídico;

(ii) mesmo quando a política do governo (de plantão) procure ignorar ou desconsiderar as ofensas homofóbicas ou transfóbicas, o que interessa é a política de Estado e a Constituição.

Ou seja, tudo tem limite, que é assumido pelos governos quando, na posse, se comprometem a respeitar a Carta Maior.

Até que o legislador cuide da matéria, vale decisão do STF, mas ainda restam 10 votos pela frente. Vamos ver o que, no final, ficará decidido.

O que a lei pune é a discriminação, ou seja, um ato, uma ação contra uma pessoa ou um grupo de pessoas. O preconceito é uma mera crença sobre determinado grupo ou pessoa. O racismo é uma crença de que uma raça é superior a outra. Enquanto os dois últimos são meras crenças, a discriminação é um ato.

As pessoas são muitas vezes preconceituosas ou racistas, mas não externam isso. As pessoas pensam às vezes que uma raça vale mais que a outra, que os homossexuais são isso ou aquilo. O problema legal e jurídico está na exteriorização da crença, porque aí entra a discriminação, que é crime.

Nenhum grupo está autorizado a oprimir outro pelas motivações citadas. Toda discriminação tem a ver com a dominação (política). É inconcebível qualquer tipo de dominação discriminatória. Para a Constituição, não há hierarquia entre os grupos.

Para o ministro Celso de Mello a punição da discriminação sexual não afeta a liberdade religiosa. As duas podem conviver. E sempre que houver qualquer tipo de discriminação religiosa a lei penal deve também ser aplicada.

Para o ministro citado (i) não há direito absoluto; (ii) a proteção de um direito não afasta a liberdade religiosa; (iii) é inaceitável a submissão das minorias à vontade das majorias, posto que isso não é tolerado em um Estado Democrático de Direito; (iv) é crucial a fiel execução da Constituição; (v) não podemos aniquilar a essência do Estado de Direito; (vi) é intolerável qualquer tipo de exclusão ou preconceito (discriminação) contra comunidades vulneráveis política, jurídica e socialmente; (vii) o STF tem o papel institucional de preservar os direitos das minorias que participam da soberania popular; (viii) a Constituição não pode ser meramente formal; (ix) cabe ao STF assegurar os direitos individuais; (x) o STF tem a exata percepção da realidade de preconceito e tem o dever institucional de zelar pela integridade dos direitos fundamentais; (xi) o STF não pode falhar nas atribuições que lhe foram conferidas pelo legislador constituinte; (xii) os poderes devem cumprir sua missão institucional inadiável para conferir efetividade aos direitos essenciais da pessoa humana.

A Constituição Federal fundamenta as conclusões do ministro Celso de Mello: o art. 3º, inciso V, da CF considera objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ninguém pode ser privado de direitos por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. O nosso sistema político jurídico constituído pela CF torna inaceitável qualquer atitude que discrimine por orientação sexual ou identidade de gênero.

Numa sociedade pluralista e democrática, as diferenças devem se igualar por meio da Lei. É a Lei que impede que as comunidades minoritárias sejam tratadas de forma discriminatória.

## DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DO CTB VERSUS O PRINCÍPIO DA NÃO INCRIMINAÇÃO.

**DANNY RODRIGUES MORAES:** Advogado, aprovado para Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Piauí e Tribunal de Justiça do Amazonas.

**Resumo:** Busca-se, no presente artigo, apontar as características, preceitos e fundamentos a respeito da constitucionalidade do art. 305 do CTB frente o princípio da não incriminação, bem como analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema. Nestes termos, objetiva-se demonstrar sua relevância para o direito, de modo que não podem, os operadores do direito, negligenciar essa realidade tão comum nos tempos modernos.

**Palavras-chave:** Princípio da não incriminação. Art. 305 CTB. Constitucionalidade.

**Abstract:** This article seeks to point out the characteristics, precepts and foundations regarding the constitutionality of art. 305 of the CTB against the principle of non-incrimination, as well as to analyze the existing doctrinal and jurisprudential positions on the subject. In these terms, it aims to demonstrate their relevance to the law, so that lawmakers cannot neglect this reality so common in modern times.

**Keywords:** Principle of non-incrimination. Art. 305 CTB. Constitutionality.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Breve histórico; 2. Da análise da constitucionalidade do artigo 305 do código de trânsito brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

---

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de clarear a celeuma em torno da constitucionalidade do Art. 305 do CTB frente ao princípio da não incriminação.

Buscando fomentar a discussão acerca do tema, a partir de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, até a conclusão do tema conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral tem-se o desiderato de analisar a controvérsia à luz da Constituição Federal de 1988.

### 1. BREVE HISTÓRICO



O *leading case* surgiu de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que declarou a inconstitucionalidade incidentalmente do disposto no art. 305 do CTB, cuja a ementa segue abaixo:

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 305 DO CTB. FUGA DE LOCAL DE ACIDENTE. FATO ATÍPICO. 1. Controle difuso de constitucionalidade. Reconhecimento autorizado no âmbito da Turma Recursal Criminal, sem afronta à Súmula Vinculante n. 10 do STF. Solução que alcançou semelhante decisão do Órgão Especial do TJRS, assim como de outros tribunais pátrios, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. 2. Como consequência, proclamando-se inexistência de infração penal, impõe-se a reforma da sentença para absolver o réu com base no artigo 386, III, do CPP. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA INCIDENTALMENTE

Alegasse que o referido dispositivo não constitui obstáculo à imputação do crime de fuga do condutor do local do acidente de trânsito, na medida em que os direitos à não auto incriminação e ao silêncio permanecem incólumes, seguindo igualmente íntegras todas as garantias processuais e penais asseguradas aos acusados em geral.

## **2. DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

A questão de fundo debatida nos autos diz respeito à constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (fuga do local do acidente) tendo como parâmetro o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal

Diversas Cortes Estaduais vinham decidindo no sentido da inconstitucionalidade do preceito em questão, consignando que a simples permanência na cena do crime já seria suficiente para caracterizar ofensa ao direito ao silêncio. Obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, afrontaria ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea " g", do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.

Nesse sentido, declararam a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB: i) o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 990.10.159020-4; ii) a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Arguição de Inconstitucionalidade nº

1.0000.07.456021-0/000; iii) a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal nº 2009.026222-9/001.00; e iv) o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004934-66.2011.404.0000/RS.

Dentro do Ministério Público Federal as teses seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade possuíam adeptos. A Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques oficiou nos autos do RE nº 846.851, opinando pelo provimento do recurso extraordinário, aduzindo que não há que se falar em violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Já o Ministério Público Federal opinou em sentido diverso nos autos do RE nº 829.967, pela seguintes razões: i) com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de processo penal, não se permite ao Estado compelir os o que cidadãos a contribuírem para a produção de provas que os prejudiquem; ii) o direito à não auto-incriminação possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional; iii) não procede o argumento de que o direito ao silêncio limita-se à impossibilidade de exigir uma colaboração ativa do acusado; iv) a responsabilidade civil ou criminal daquele que causa um acidente de trânsito não depende de sua fuga do local do sinistro, pois a primeira é alcançável pela reparação de danos, enquanto que a segunda decorre das normas próprias do direito penal caso tenha ocorrido a violação de bens jurídicos por elas protegidos; v) em outros delitos mais graves – e.g. homicídio ou estupro – o legislador não criminalizou a conduta daquele que, ao perpetrá-los, venha a evadir-se do local, não sendo razoável penalizar o agente somente por se tratar de um acidente de trânsito; e vi) cria-se uma possibilidade de prisão por obrigação civil fora dos casos que a Constituição autoriza (art. 5º, LXVII).

Importa destacar que a observância da norma legal em comento não implica, por parte dos condutores envolvidos em acidentes, a produzirem provas contra si. Os acidentes de trânsito são fatos corriqueiros nas vias terrestres do Brasil e podem acontecer por casos fortuitos ou de corça maior, por descuido de condutores não diretamente afetados ou por desatenção de outro motorista envolvido. Dessa maneira, os condutores, ao serem proibidos pelo art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro de fugir do local do acidente para facilitar a apuração do acontecimento, não necessariamente sofrerão qualquer responsabilidade penal ou civil, podendo até mesmo, após a averiguação, receber reparação civil ulterior e contribuir com a produção de provas criminais não contra si, mas contra outrem.

Além disso, ao ser obrigado a permanecer no local do acidente, o motorista, mesmo sendo eventualmente o responsável pelo ocorrido, poderá tranquilamente, sem ser preso ou independentemente de qualquer sanção, calar-se ou se negar a assumir eventual responsabilidade civil ou penal que lhe possa vir a ser atribuída em todos os momentos seguintes, desde a apuração administrativa do fato pela autoridade de trânsito competente até o fim de eventuais ações civis ou penais contra ele ajuizados.

Em decorrência dos princípios da ampla defesa e da não auto-incriminação, constantes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal, incumbirão unicamente ao Estado e aos acusadores os deveres de persecução civil e penal e de produção do conteúdo probatório necessário à condenação do motorista, assegurando-se-lhe amplamente em todas aquelas ocasiões o direito de permanecer calado e de não produzir provas contrárias a seus interesses. Não há falar, portanto, nessas circunstâncias, que o dispositivo legal em exame exige dos condutores envolvidos em acidentes a "*produção de provas contra si*".

A liberdade do condutor para manejar o seu veículo possui limites, não podendo, pois, ser utilizada como pretexto para negasse, em caso de envolvimento em acidentes, a contribuir com as autoridades competentes para a apuração dos acontecimentos.

Tendo recebido do Estado a permissão para dirigir e assumido a responsabilidade de observar as normas de trânsito, não resulta inadequado impor ao motorista que se envolver em acidentes o dever de prestar socorro à vítima (art. 304 do CTB), assim como de contribuir com as autoridades estatais na apuração dos fatos ocorridos, inexistindo, pois, qualquer irrazoabilidade ou desproporcionalidade nessa imposição.

Os arts. 209 e 278 do Código de Trânsito Brasileiro impõem aos condutores multa em caso de evasão "por não efetuar o pagamento do pedágio" e de evasão "da fiscalização, não submetendo veículo à pesagem obrigatória nos pontos de pesagem, fixos ou móveis", assim como multa e apreensão do veículo em caso de fuga à ação policial. Nessas hipóteses, nas quais em jogo a efetiva fiscalização de obrigações que não exorbitam da espera patrimonial, o legislador entendeu suficiente à sanção do ilícito a imposição de multa. O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, por outro lado, ao impedir a fuga dos condutores quando houver acidente de trânsito, objetivo impor aos condutores a obrigação de contribuírem com as autoridades competentes no exercício de suas atribuições, favorecendo, em última análise, a própria segurança do trânsito, bem como a administração da Justiça na apuração de possíveis ilícitos que possam causar dano

não só patrimonial, mas físico, podendo implicar inclusive prática de outras condutas criminosas como a lesão corporal e o homicídio. Os valores e bens tutelados pela norma inscrita no art. 305, portanto, justificam a decisão legislativa de impor sanção penal ao seu descumprimento, inexistindo qualquer ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, da não auto-incriminação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido ao discorrerem sobre o tema Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

"Tornou-se prática comum no Brasil referir-se ao direito ao silêncio como um suposto princípio da não autoincriminação. Na realidade, as coisas não são bem assim. A garantia do direito ao silêncio, como vimos, reafirma a necessidade de controle racional das decisões judiciais, de modo a impedir que o órgão julgador se valha do silêncio ou da negativa de respostas às perguntas como critério de certeza ou de convencimento judicial. De outro lado, há, dentre inúmeras garantias e direitos subjetivos do cidadão brasileiro, direito à intimidade, à privacidade, à incolumidade física e psíquica, à honra, à imagem (art. 5º. X e XII, CF), que não podem ser tangenciados pelo Poder Público, salvo nos limites autorizados no texto constitucional, de que é exemplo, a exigência de autorização judicial para a interceptação telefônica, para a expedição de mandado de prisão e para a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI, XII e LXI, CF). É no conjunto desse rol de direitos individuais que se resume o *nemo tenetur se detegere*, ou, se quiser, a não autoincriminação.

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória - contra si -, bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica etc).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e

juízo, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (art. 260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa.

Pensamos também não haver qualquer mácula na exigência de submissão ao conhecido bafômetro, na medida em que aludida providência -- abstratamente -- não afeta direitos subjetivos, ao menos na intensidade que devem merecer proteção. É certo que estamos nos referindo à medida em abstrato. Pode ocorrer que determinada diligência nesse sentido, concretamente, venha implicar efetiva violação a direitos individuais, o que ocorreria, por exemplo, na exposição indevida da imagem de alguém à curiosidade pública, durante a realização do exame. Essa, a exposição, sim, violada direitos; a exigência de soprar o aparelho, por si só, não. Como também não violara direitos fundamentais a submissão a exame clínico para a comprovação da embriaguez, tal como previsto no art. 277 e art. 306, §3º, da Lei nº 9.503/97 (CTB), ainda que contra a vontade do agente. Evidentemente, dele não se poderá exigir colaboração, no que tange aos atos que só possam ser por ele praticados.

De se ver, no ponto, que o direito brasileiro não contempla muitas hipóteses de intervenções corporais, embora esse leque de alternativas tenha sido incrementado com a Lei nº 12.654/12, que institui a identificação *genética* e com a Lei nº 12.760/12, que, alterando diversos dispositivos da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), prevê também a perícia médica para a comprovação de alcoolemia, vedada, contudo, por ausência de previsão, a coleta de sangue.

Nesse contexto que se deve entender a exigência de que o condutor do veículo acidentado permaneça no local do sinistro. Do contrário, estará cerceada, por exemplo, a possibilidade de constatação de embriaguez ou de influência de substâncias psicoativas pelas autoridades de trânsito, na forma prevista no art. 277 do CTB.

Assim, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 907 da repercussão geral em 14 de novembro de 2018, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio,

Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade", vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram contrariamente à tese. Não participou, justificadamente, da votação da tese, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RE Nº 971.959. TEMA Nº 907.

Decisão

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ministro LUIZ FUX Relator

Tema

907 - Constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

## CONCLUSÃO

Não é possível alargar o conteúdo da garantia constitucional a ponto de permitir condutas como a chancelada pelo acórdão recorrido. Da mesma forma que a garantia de não incriminação não é impedimento absoluto para determinadas intervenções corporais no agente, não é possível também que o princípio *nemo tenetur se detegere* seja utilizado para legitimar a fuga do condutor do local do acidente.

Se é certo, por um lado, que a cláusula constitucional prevista no art. 5º, inciso LXVIII, assegura o direito de não se produzir ativamente prova contra si, por outro, não pode ela ser interpretado como uma licença absoluta em favor do agente, de modo a desonerá-lo de todas as regras de conduta que, mesmo tangenciando o fato delituoso, não impliquem assunção de culpa, como na hipótese do art. 305 do CBT.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEM, Leonardo Schmitt de; GOMES, Luiz Flávio. Nova lei seca. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. DOU de 31 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em: 27 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 27 dez. 2018.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v.1.

JESUS, Damásio de. Direito penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

## **INTRODUCING MYSELF! AS RAZÕES DE UM INOCENTE CONFESSO.**

### **SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:**

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. é sócio em AMARAL GURGEL Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

Não é apenas por uma questão de vaidade que sinto necessidade de me dirigir a milhões de pessoas com o fim de me apresentar. Na realidade trata-se de uma busca desesperada no sentido de estabelecer um ponto de partida para o exercício do genuíno direito ao contraditório e ampla defesa. Sinceramente, e com grande pesar, creio que ainda será necessário repetir esta constrangedora formalidade por muito tempo, até que todos que se sujeitam à minha autoridade fiquem totalmente curados do mal que gera a perda repentina da memória. Por oportuno, antecipo o meu pedido de desculpas se nesta empreitada, em algum momento, for quebrado o protocolo inerente aos discursos acadêmicos, mas espero que compreendam que não é tarefa das mais fáceis manter a elegância quando somos constantemente esquecidos, e invocados apenas na hora de assumir responsabilidades.

Alguns dizem que tenho idade avançada, mas ainda me sinto tão forte quanto me encontrava nos melhores dias da minha juventude. E apesar de muitos estarem tentando me enterrar vivo há mais de vinte anos, as circunstâncias evidenciam que o meu ardor viril continua inabalável. Afirmo, sem qualquer receio de parecer injusto, que em nenhuma outra ocasião trabalhei de forma tão sistemática, nem poderia imaginar atender a uma clientela tão diversificada.

Nasci em 1940 em meio à ferrenha ditadura do Estado Novo, implantada à imagem e semelhança dos Estados Fascistas que se espalhavam pela Península Ibérica e pelos imponentes alpes da Baviera. Meus pais, pessoas de muitas posses, eram positivistas, e viam em mim a esperança de fazer valer a ordem que, ao menos naquele período, parecia ser necessária ao progresso. Confesso que até alcançar a maioridade, foram poucos os que ousaram me procurar. Por um tempo cheguei a pensar que somente pobres e desajustados tinham interesses em mim, embora na década de 70, com a revolução sexual, muitos cônjuges enciumados, mesmo pertencendo às classes mais abastadas, perderam a cabeça e acabaram tendo que conviver ao meu lado por longos anos. Mesmo assim, apesar das



grandes somas de dinheiro que me cercavam, sempre fui visto como uma má companhia. Minha mãe, usando de sua notável experiência de vida, baseada na mais pura cultura latina, já havia me alertado: “- Diga-me com quem andas, e eu dir-te-ei quem és!”. Infelizmente, apesar das advertências, a imagem que firmei perante os outros ficou associada ao submundo das drogas, prostituição e todo tipo de degradação.

Aos quarenta e três anos sofri tanta pressão que precisei reformular uma série de conceitos que até aquele momento me pareciam imutáveis. À medida em que a Guerra Fria ia chegando ao fim, e os presidentes de farda foram se tornando dispensáveis na América, ao mesmo tempo em que os milhares de tijolos que rasgavam Berlim ao meio viravam artigos de *souvenir*, fui levado a rever muitas de minhas teorias. Abandonei antigos ideais e me tornei menos pragmático, bem mais atento às questões voltadas para o homem. Aquilo que passa em sua mente no momento em que realiza determinados comportamentos era o que mais me intrigava. Aliás, que saudades dos Anos 80, época da camisinha, dengue hemorrágica, Plano Bresser, retorno dos exilados, *new wave*...

Atualmente minha sorte vem mudando. Tenho feito bastante sucesso em todas as classes sociais. Deixei de ser exclusivo das favelas cujas ruas não tem nome e passei a frequentar os hotéis cinco estrelas que vendem água mineral por irrisórios três dólares, bem como clubes de golfe, associações hípicas, e até os altos escalões do governo. Agora não sou mais visitado apenas por moleques de rua com os pés descalços, tornei-me amigo inseparável das autoridades policiais, políticos, líderes religiosos, médicos, entre outros ilustres cidadãos letrados. Minha ascensão neste mundo estratificado é de causar inveja a qualquer um.

Apesar de tantos anos de serviço prestado ao povo brasileiro, apenas quando atingi a terceira idade é que começaram a notar a minha existência. Não posso dizer que hoje eu me sinta realizado, pelo contrário. Se em tempos remotos eu trazia o mal em meu âmago, agora querem lançá-lo com toda a força sobre o meu caráter. É o preço que pago pela forma que me autorizaram a solucionar problemas a que não dei causa. Não há como duvidar de que a imprensa contribuiu bastante na composição desse *requiem* que se anuncia ao som de cuicas, pandeiros e tamborins, mas o certo é que a revolução tecnológica tornou-se a maior responsável pelo linchamento público ao qual fui submetido. Mas tudo bem, não há tempo para drama! Aceito o meu castigo! Se merecido ou não, também nunca me importei. Isso cabe aos juízes, que têm a cruz bem acima da cabeça. E que os tribunais não ousem me contradizer, pois ainda não surgiu quem entendesse mais sobre penas do que eu. Eu as criei!

Como o meu fim que se aproxima, encerra-se também o martírio de ter que ficar me justificando por coisas que eu não fiz. Recentemente paguei um preço altíssimo pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não ter declarado inconstitucional o decreto presidencial que concedeu o indulto para um punhado de condenados por corrupção, entre os quais, alguns vilões da Operação Lava Jato. Fiquei me perguntando de que forma eu poderia ter concorrido para tamanho desastre. Não inventei esse miserável instituto! Aliás, nem mesmo o regulei! Caso se dessem ao trabalho de consultar a Lei de Execução Penal constatariam que eu não estou faltando com a verdade! A clemência estatal é originária do texto constitucional. Sim, estou me referindo à Lei Maior, aquela também conhecida como Constituição Cidadã, e que recentemente recebeu inúmeras homenagens da imprensa pelos seus trinta anos de vigência. Para quem a conhece sabe que os únicos crimes insuscetíveis de indulto são os hediondos, assim considerados pela Lei 8.072/1990, além de três outros por efeito da equiparação: tráfico, tortura e terrorismo. Já era para eu estar habituado. Lembro que em 2002, quando o Presidente Fernando Henrique Cardoso extinguiu a pena do ator Guilherme de Pádua, condenado pela morte de sua colega de trabalho Daniela Perez, quase fui apedrejado. De todas as formas tentei avisar que, na ocasião, o homicídio qualificado não era destacado pela hediondez, mas o meu esforço foi inteiramente em vão. Meu nome saiu em todos os jornais e minha cabeça ficou a prêmio mais uma vez.

Eu também virei notícia em escala mundial quando um adolescente conhecido como Champinha admitiu ter assassinado brutalmente um casal de adolescentes. Sinceramente, não sei como sobrevivi àquele episódio. Se me vissem na rua, até as senhoras de idade avançada seriam capazes de me fazer arder na fogueira. E não apareceu ninguém para dizer que eu era fruto do meio, subproduto de uma sociedade perversa e doente, que isenta de pena o menor de dezoito, independentemente do mal que tenha causado. Que chamem o legislador constituinte para explicar os critérios utilizados, bem como o ordinário (legislador) para fazer o *mea culpa* sobre as medidas socioeducativas.

Gostaria ainda de aproveitar a crescente onda de delações para falar sob juramento que embora eu tenha ajudado a conceber a progressão de regime, não instituí a regra que permitiu José Dirceu a trabalhar no semiaberto desde os primeiros dias do cumprimento da pena. Isso jamais foi dito por mim! Também não tive nenhuma participação no fato de Suzana Hitchtoffen ter obtido o benefício da saída temporária no Dia das Mães, muito menos na autorização dada ao goleiro Bruno para se dedicar às aulas de futebol infanto juvenil. Por outro lado, admito que eu estava na frente do juiz quando Doca Street foi absolvido, mas em nenhum momento defendi a tese da legítima defesa da honra. E antes que eu me

esqueça, preciso ainda dizer que não tenho nada a ver com a negativa de extradição a Cesare Battisti. Enfim, afirmo que se a minha pena for reduzida em pelo menos um terço, assino agora o termo de colaboração premiada!

Realmente é melhor sair de cena enquanto todos estiverem distraídos. Fico imaginando o que aconteceria comigo se descobrissem que o Congresso Nacional tem o poder de apagar fatos delituosos como se nunca tivessem sido praticados (anistia), estabelecendo como limite somente aquilo que já foi dito a respeito do indulto; que todos os crimes prescrevem, exceto racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; que condenações até quatro anos de pena privativa de liberdade, na maioria dos casos, são substituídas por penas de multa e restritivas de direitos; que o juiz pode atenuar a pena em razão de qualquer circunstância anterior ou posterior ao crime, mesmo que a hipótese não esteja prevista em lei; que uma série criminosa pode ser entendida como delito único para efeito de aplicação de pena; que pessoas condenadas por homicídio doloso podem pegar somente quatro anos de prisão a ser cumprida desde o início em regime aberto; que a lesão corporal gravíssima, na qual o agente fura os dois olhos da vítima, corta sua língua, estoura seus tímpanos, corta seus braços e pernas, se sujeitará no máximo a oito anos de reclusão, enquanto aquele que oferece vantagem a um policial para ser liberado de uma *Blitz*, em razão de estar com o IPVA vencido, poderá pegar até dezesseis anos; que o sujeito casado que contrai novo casamento é severamente punido, sem qualquer respeito ao princípio do *non bis in idem* e não incriminação aos casos de autoflagelação. Quanto a essa última hipótese, peço sinceras desculpas! Não passou de uma tentativa frustrada de tornar o ambiente mais ameno diante de tantas notícias tristes; uma pitada de sarcasmo para "quebrar o gelo".

Neste momento que já entrei na casa de todos, seja por intermédio da televisão ou da visita inesperada da polícia, sem qualquer discriminação quanto à etnia, religião e condição social, desejo me apresentar de um jeito menos engessado, livre das tradições impostas por esta geração atolada até o pescoço em tanta hipocrisia. E considerando que a minha existência está diretamente relacionada a um espetáculo midiático, a um *show* de horrores em todos os seus aspectos, peço permissão para usar da música *Sympathy for the Devil*, de autoria dos notáveis *rolling stones*, que tiveram a coragem de interpretar o Anjo Caído em primeira pessoa: *Pleased to meet you, hope you guess my name!*

Espero que não estejam se vangloriando por terem acertado, porque depois de tantas pistas, até os parlamentares da Comissão Warren, que tiveram a capacidade de atribuir toda a culpa do assassinato do Presidente Kennedy a Lee Oswald, também desvendariam o mistério em torno da minha identidade. Eu sou

um simples corpo decrepto composto de trezentos e sessenta e um artigos. Não tenho alma, nem tampouco compaixão ou remorso. Guardo comigo a mesma ira e o pranto sem lágrimas identificado em minha clientela. Se para os transgressores sou muito, para as vítimas sou pouco; se para os tolos sou tudo, para Deus não sou nada; e se para todos sou culpado, para mim, exclusivamente para mim, sou completamente inocente. Tenho dito! Código Penal.

## **IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE EM REMESSA DE VALORES PARA O EXTERIOR. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA REDUZIDA [6% (SEIS POR CENTO)]. A QUESTÃO DAS CARTAS DE DOMICÍLIO FISCAL**

**DANIEL DE SOUZA VELLAME:** Advogado de sociedade de economia mista federal, formado na UniverCidade com especialização em Direito Tributário junto à Fundação Getúlio Vargas (FGV)

**RESUMO:** A União Federal, no exercício da sua competência tributária, instituiu o imposto de renda sobre a remessa de valores ao exterior, prevendo uma redução de alíquota para a remessa destinada à cobertura de gastos pessoais, no exterior, de pessoas físicas residentes no País, em viagens de turismo, negócios, serviço, treinamento ou missões oficiais, desde que atendidos os requisitos previstos na legislação tributária. E, para evitar a dupla tributação, realizada pelo Brasil e pelo estado estrangeiro, existe a possibilidade de utilização de Atestado de Residência Fiscal no Exterior, quando existente tratado internacional, o qual será presumidamente válido, ressalvada a hipótese de fraude, dolo ou falsidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imposto de Renda. Remessa para o exterior. Aplicação da alíquota reduzida e utilização das cartas de domicílio fiscal para evitar bitributação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Aplicação da alíquota de 6% para o IRRF e utilização das cartas de domicílio fiscal para evitar a bitributação. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

### **1. Introdução**

É prática comum no mercado a remessa de valores ao exterior pelas agências de turismo, através de instituições financeiras domiciliadas no Brasil, para pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, no sentido de adimplir obrigações contratuais referentes aos serviços prestados na área de turismo em favor de pessoas físicas em viagem e noutras atividades congêneres.

No contexto dessa operação, havia dispensa de pagamento do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), em virtude de isenção, a qual

fora revogada pela MP 713/2016, convertida na Lei 13.315/2016, que alterou a redação do artigo 60 da Lei 12.249/10, estabelecendo a alíquota reduzida de 6% (seis por cento) sobre o IRRF nessa modalidade.

A Lei 13.315/06 conferiu a seguinte redação ao art. 60 da Lei 12.249/2010:

*Art. 60. Até 31 de dezembro de 2019, fica reduzida a 6% (seis por cento) a alíquota do **imposto de renda retido na fonte incidente sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, destinados à cobertura de gastos pessoais, no exterior, de pessoas físicas residentes no País, em viagens de turismo, negócios, serviço, treinamento ou missões oficiais**, até o limite global de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao mês, nos termos, limites e condições estabelecidos pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 13.315, de 2016).*

*§ 1º O limite global previsto no caput não se aplica em relação às operadoras e agências de viagem. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)*

*§ 2º **Salvo se atendidas as condições previstas no art. 26, a redução da alíquota prevista no caput não se aplica ao caso de beneficiário residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida ou de pessoa física ou jurídica submetida a regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 13.315, de 2016)***

*§ 3º As operadoras e agências de viagem, na hipótese de cumprimento da ressalva constante do § 2º, sujeitam-se ao limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao mês por passageiro, obedecida a regulamentação do Poder Executivo quanto a limites, quantidade de passageiros e condições para utilização da redução, conforme o tipo de gasto custeado. (Redação dada pela Lei nº 13.315, de 2016)*

*§ 4º Para fins de cumprimento das condições para utilização da alíquota reduzida de que trata este artigo, as operadoras e agências de viagem deverão ser cadastradas no Ministério do Turismo, e suas operações deverão ser realizadas por intermédio de instituição financeira domiciliada no País. (Redação dada pela Lei nº 13.315, de 2016)*

A Lei 13.315/16, no seu artigo 2º, ainda fixou as hipóteses em que não haveria retenção do Imposto de Renda nessas operações:

*Art. 2o Não estão sujeitas à retenção na fonte do imposto sobre a renda:*

*I – as remessas destinadas ao exterior para fins educacionais, científicos ou culturais, inclusive para pagamento de taxas escolares, de taxas de inscrição em congressos, conclaves, seminários ou assemelhados e de taxas de exames de proficiência; e*

*II – as remessas efetuadas por pessoas físicas residentes no País para cobertura de despesas médico-hospitalares com tratamento de saúde, no exterior, do remetente ou de seus dependentes.*

Este estudo, portanto, gravitará em torno das hipóteses em que se aplica a alíquota reduzida do IRRF remessa para o exterior, assim como a viabilidade de ser evitada a incidência deste imposto pela apresentação de certificados de domicílio fiscal em países em que há acordo tendente a evitar a bitributação.

## **2. Imposto de renda retido na fonte em remessa de valores para o exterior. Hipótese de incidência da alíquota reduzida [6% (seis por cento)]. A questão das cartas de domicílio fiscal:**

Inicialmente, é de se frisar que o Imposto de Renda, na forma o art. 153, inciso II e inciso I do §2º, da Constituição Federal[1], norteia-se pelo princípio da universalidade, segundo o qual as “rendas” ou “proventos” (ganhos ou lucros) de todas as espécies e gêneros, independentemente da denominação, localização, condição jurídica, nacionalidade da fonte e da

sua origem são alcançados pelo imposto, ressalvadas as hipóteses de imunidades.

Nesse sentido, afigura-se relevante citar os ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo *apud* Heleno Tavares TORRES[2]:

*“Em razão do princípio da universalidade (art. 153, §2, da CF), ou da renda mundial – aplicável ao IR -, o **contribuinte responde, ante o país de residência, domicílio ou nacionalidade, por toda a renda produzida, sem interessar o lugar da produção, se interno ou externo, em relação ao respectivo território. Justifica-se a ultraterritorialidade do alcance das normas de Direito Tributário Internacional para atribuir aos respectivos contribuintes – conexos pessoalmente – as correspondentes obrigações tributárias formadas a partir dos fatos impositivos constituídos mesmo sobre as fontes residuais localizadas no exterior (Heleno Taveira Torres, “Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-Residentes no Brasil. Prestação de Serviços no Exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento), Direito Tributário Internacional aplicado, Heleno Torres – Coordenador, Quartier Latin, 2003, p. 78).”***

Na linha da matriz constitucional, e encontrando fundamento de validade no acervo legal tributário, merece ser realçado o Regulamento do Imposto de Renda[3] (“RIR”) que, em seus artigos 682 e 685, define estarem sujeitos ao imposto na fonte a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

Seguindo essa mesma trilha normativa, importa consignar a orientação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) sobre o tema, exemplificada no precedente[4] que segue:

*“REMESSA AO EXTERIOR. INCIDÊNCIA. Estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na fonte, de forma definitiva, os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte*



*situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior.”*

Como já pontuado acima, no exercício de sua competência tributária, a União Federal editou a MP 713/2016, convertida na Lei 13.315/2016, a qual alterou a redação do artigo 60 da Lei 12.249/10, estabelecendo a alíquota reduzida de 6% (seis por cento) sobre o IRRF na remessa de valores para exterior.

Entretanto, ao fazê-lo, a União Federal estabeleceu, além do limite temporal compreendido entre 02/03/2016 a 31/12/2019, algumas condicionantes para aqueles que buscam se valer do benefício fiscal compreendido pela alíquota reduzida ao patamar de 6% (seis por cento).

É importante destacar que a alíquota de 6% (seis por cento) somente se aplica à remessa de valores tendentes a custear gastos pessoais com viagens internacionais de pessoas físicas residentes no Brasil, em turismo, negócios, serviços, treinamentos ou em missões oficiais, nos termos do art. 60 da Lei 12.249/10.

Para efeito dessa alíquota reduzida, “gastos pessoais no exterior” são as despesas para a manutenção do viajante, tais como serviço de hotelaria, transporte, aluguel de veículos, cruzeiros marítimos, seguros correlatos. É o que dispõe o art. 2º, §2º, da Instrução Normativa n. 1.645 da Secretaria da Receita Federal (IN 1645 da SRF)[5].

Vale frisar que, nos termos do art. 2º, §8º da IN 1645 da SRF[6], o rol de despesas com gasto de pessoal é taxativo, não se admitindo a inclusão de outras rubricas para o fim de se valer da alíquota reduzida.

A alíquota reduzida, consoante artigo 2º, §4º da IN 1645 da SRF[7], também se aplica para as hipóteses em que a remessa de valores é realizada para pessoa jurídica domiciliada no Brasil que arque com as despesas pessoais de seus empregados e dirigentes, desde que com eles possuam vínculo empregatício registrado na CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social).

É importante dizer que a redução de alíquota do IRRF não se aplica nas remessas para exterior quando o destinatário reside ou possui domicílio em país com tributação favorecida ou beneficiada por regime

fiscal privilegiado, ressalvadas as hipóteses em que forem atendidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias pagas, creditadas, entregues ou remetidas destinadas a cobertura dos gastos pessoais de que trata esta isenção; (b) comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e (c) comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.

Por último, merece nota que as remessas de valores para o exterior, destinadas para fins educacionais, científicos, culturais, médico-hospitalares, nos termos do art. 4º da IN 1.645 da SRF[8], não se submetem ao Imposto de Renda Retido na Fonte.

Traçadas as linhas básicas sobre a matéria, sem a intenção de esgotar o tema, passa-se à análise da problemática compreendida na possibilidade de utilizar Cartas de Domicílio Fiscal para se valer de acordos internacionais tendentes a evitar a bitributação.

A princípio, quando o beneficiário do rendimento for residente no exterior, os ajustes de reciprocidade e os acordos tributários internacionais dos quais o Brasil seja signatário devem ser observados.

Isso porque, vigora no Direito Tributário o princípio da prevalência dos tratados internacionais, positivado na regra do art. 98 do Código Tributário Nacional[9], pelo qual os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Diante disso, no que toca ao IRRF remessa para o exterior, a princípio, é de se aplicar o arcabouço normativo brasileiro, ressalvada as hipóteses em que, como dito, o Brasil tenha acordo de reciprocidade ou no caso de acordo internacional tendente a evitar a bitributação, a depender do teor desse ajuste internacional.

Via de regra, a reciprocidade de tratamento, cujo ônus da prova da sua existência é do contribuinte, resulta na possibilidade de ser compensado o imposto pago em determinado país com aquele devido no outro, como se pode depreender do exemplificado na *Solução de Consulta n. 44, de 13 de fevereiro de 2009, da Secretaria da Receita Federal*[10].

Entretanto, a conclusão sobre a possibilidade de compensação entre os impostos recolhidos nos países de origem e destino depende das particularidades que circundam cada relação de direito internacional público, que merecem uma atenção individualizada, que extrapola do escopo desse estudo.

Estabelecida essa premissa inicial e passando à questão referente ao Certificado de Domicílio Fiscal, é dizer que a matéria foi regulada pela Instrução Normativa n. 1301 da Receita Federal (IN 1301/2012), a qual estabelece, em seu artigo 2º, §2º[11], que a solicitação do "Atestado de Residência Fiscal no Brasil" implica na concordância do interessado na subsunção à tributação do Brasil com base na renda mundial (princípio da universalidade).

E, para fazer jus aos benefícios derivados dos acordos internacionais para, com isso, evitar a bitributação ou concretizar efeitos da não cumulatividade, deve o beneficiário de valores domiciliado no exterior cumprir o disposto na regra do art. 4º da IN 1301/2012[12], a saber: apresentar à fonte pagadora dos rendimentos no Brasil o "Atestado de Residência Fiscal no Exterior", conforme Anexo III dessa Instrução Normativa ou documento oficial que comprove a sua residência fiscal, emitido pela administração tributária do país estrangeiro.

Esse "Atestado de Residência Fiscal no Exterior" deve ser apresentado à fonte pagadora, em duas vias, seguindo uma delas para à DRF, DERAT, DEINF ou DEMAC a que a fonte pagadora estiver jurisdicionada, consoante se depreende do art. 5º, §3º da IN 1301/2012[13].

Com efeito, a interpretação sistemática do artigo 5º da IN 1301/2012 denota que a Receita Federal somente possui competência para analisar a veracidade das informações prestadas no formulário de requerimento de "Atestado de Residência Fiscal no Brasil" e "Atestado de Rendimentos Auferidos no Brasil por Não Residentes", não tendo a competência para se imiscuir no que fora atestado por autoridade fazendária estrangeira.

Essa conclusão deriva da regra do art. 5º, §5º da IN 1301/2012, que estabelece a competência dos órgãos de Receita Federal para certificar

as informações prestadas nos atestados aludidos nos parágrafos 1º e 2º, nada dispondo sobre a possibilidade de se certificar a informação a que se refere o parágrafo terceiro, este último correspondente ao "Atestado de Residência Fiscal no Exterior".

Dito isso, pode-se afirmar que o "Atestado de Residência Fiscal no Exterior" é presumidamente válido para obter os benefícios fiscais decorrentes dos acordos internacionais e termos de reciprocidade firmados para evitar a bitributação.

Entretanto, essa presunção é relativa, pois, tratando-se de imposto submetido ao lançamento por homologação, a União Federal possui prazo de cinco anos contados do fato gerador para homologar ou não o pagamento ou a compensação (a depender do que consta do acordo internacional) realizada pelo contribuinte/responsável tributário na remessa de valores para o exterior, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional[14].

Igualmente, na hipótese de não pagamento ou ainda de fraude, dolo ou simulação, o Fisco possui prazo de cinco anos, a contar do ano subsequente ao do fato gerador, para realizar o lançamento do imposto de ofício, na forma do art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional[15].

Essa ponderação é feita porque, no exercício da sua atividade de fiscalização, com base na regra do art. 116, parágrafo único[16], c/c art. 149[17], ambos do CTN, a União Federal pode, eventualmente e a depender do caso concreto, desconsiderar o "Atestado de Residência Fiscal no Exterior" por considerar que: (i) sua utilização visou dissimular a ocorrência do fato gerador do imposto de renda (IRRF); (ii) as informações consignadas no atestado não seriam verdadeiras; e (iii) que teria havido dolo, fraude ou simulação pela utilização do referido atestado, tendente a concretizar hipótese de elisão ilícita (evasão fiscal) do imposto.

A viabilidade de se utilizar do "Atestado de Residência Fiscal no Exterior" para obter os benefícios decorrentes dos acordos internacionais envolve, efetivamente, a sua utilização de forma regular ou abusiva, haja vista que, se utilizado com a finalidade de se realizar uma elisão fiscal considerada abusiva pela União Federal, os efeitos desse atestado serão

afastados e o contribuinte suportará os efeitos da exação com os acréscimos moratórios e punitivos previstos na legislação de regência.

Em suma, a utilização do "Atestado de Residência Fiscal no Exterior" para reduzir a carga tributária ou afastá-la, a depender do caso concreto e do acordo internacional incidente, é presumidamente legítima e válida, desde que não tenha sido obtida visando uma evasão fiscal (ilícita), que poderá ser apurada pela União Federal via lançamento de ofício, por considerar que a utilização desse tipo de atestado caracterizaria um planejamento tributário abusivo.

### **3. Conclusão**

Dito isto, respeitado o lapso temporal compreendido entre 02/03/2016 e 31/12/2019, bem como observadas as condicionantes fixadas na legislação tributária, conclui-se pela viabilidade da utilização da alíquota reduzida de 6% (seis por cento) à título de IRRF – Remessa para o exterior, cujo valor poderá ser utilizado para evitar os efeitos da dupla tributação a partir da apresentação do "Atestado de Residência Fiscal no Exterior", o qual se presume válido e não pode ser afastado pela autoridade fazendária brasileira, ressalvada hipótese de dolo, fraude ou falsidade.

### **4. Bibliografia**

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv713.htm)

(MP 713/2016 - acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13315.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13315.htm)

(Lei 13.315/2016, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12249.htm)

(Lei 12.249/10, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) (Constituição Federal, acessado em 26/02/2019)

Helena Taveira Torres, "Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-Residentes no Brasil. Prestação de Serviços no Exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, Direito Tributário Internacional aplicado, Helena Torres – Coordenador, Quartier Latin, 2003, p. 78.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm)

(RIR - acessado em julho de 2018)

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>(CARF.Recurso Especial. acórdão n. 9202-005.536, processo n. 13819.000873/2002-10, acessado em 26/02/2019).

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=74319> (IN 1645 da SRF, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm) (Código Tributário Nacional, acessado em 26/02/2019)

NOTAS:

[1] Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: III - renda e proventos de qualquer natureza; § 2º O imposto previsto no inciso III: I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

[2] José Eduardo Soares de Melo. Direito Tributário Empresarial. Direito Tributário Empresarial. Quartier Latin. Fl. 246.

[3] Art. 682. **Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:** I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "a"); II - pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no art. 17 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "b"); III - pela pessoa física proveniente do exterior, com visto temporário, nos termos do § 1º do art. 19 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "c", e Lei nº 9.718, de 1998, art. 12); IV - pelos contribuintes que continuarem a perceber rendimentos produzidos no País, a partir da data em que for requerida a certidão, no caso previsto no art. 879 (Lei nº 3.470, de 1958, art. 17, § 3º). Art. 685. Os **rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa** física ou **jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte** (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º): I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive: a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira; b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos; c) as pensões alimentícias e os pecúlios; d) os prêmios conquistados em concursos ou competições; II - à alíquota de vinte e cinco por cento: a) os **rendimentos** do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços; b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245.

[4] [Recurso Especial. acórdão n. 9202-005.536, processo n. [13819.000873/2002-10](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)].

[5] § 2º São gastos pessoais no exterior, para efeito da redução de que trata o caput, as despesas para manutenção do viajante, tais como despesas com hotéis, transporte, hospedagem, cruzeiros marítimos, aluguel de automóveis e seguro a viajantes.

[6] § 8º Para fins de fruição da redução, não serão admitidas quaisquer outras despesas, além das mencionadas no § 2º do art. 2º, remetidas por operadoras e agências de viagens para pessoas físicas ou jurídicas residentes no exterior, tais como o pagamento de corretagens ou comissões.

[7] § 3º A redução de alíquota de que trata o caput se aplica às remessas efetuadas por pessoa jurídica, domiciliada no País, que arque com despesas pessoais de seus empregados e dirigentes residentes no País, registrados em carteira de trabalho.

[8] 4º Não estão sujeitas à retenção na fonte do imposto sobre a renda: I - as remessas destinadas ao exterior para fins educacionais, científicos ou culturais, inclusive para pagamento de taxas escolares, de taxas de inscrição em congressos, conclaves, seminários ou assemelhados e de taxas de exames de proficiência; e II - as remessas efetuadas por pessoas físicas residentes no País para cobertura de despesas médico-hospitalares com tratamento de saúde, no exterior, do remetente ou de seus dependentes. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso I do caput, entende-se por remessa destinada ao exterior para fins educacionais, científicos ou culturais aquela relativa ao pagamento pela prestação de serviços de natureza educacional, científica ou cultural.

[9] Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

[10] Com base no princípio da reciprocidade de tratamento entre países e no Ato Declaratório SRF nº 28/2000, o imposto sobre a renda pago nos Estados Unidos da América pode ser aproveitado no Brasil como dedução do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza devido relativamente aos respectivos fatos imponíveis tributários declarados ao Fisco brasileiro, referente à renda e aos rendimentos auferidos naquele país, seja de ganho de capital ou de aplicações financeiras. O aproveitamento do IR pago nos Estados Unidos da América há de ser feito mediante a inserção do valor convertido em Reais no campo "imposto pago" da Declaração de Ganho de Capital em Moeda Estrangeira, se originariamente forem os bens, direitos e aplicações financeiras investidos em moeda estrangeira, cuja comprovação há de se feita mediante documentação hábil e idônea. (*Solução de Consulta 44, de 13 de fevereiro de 2009*).

[11] Art. 2º As informações em relação à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País serão prestadas pelas seguintes Unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB): I - quando solicitadas diretamente à administração tributária brasileira pela administração tributária de país estrangeiro: pela Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF), Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat), Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Instituições Financeiras (Deinf) ou Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Maiores Contribuintes (Demac), do domicílio tributário da pessoa física ou jurídica, e encaminhadas à Coordenação-Geral de Relações Internacionais (Corin), à qual competirá responder à administração tributária solicitante; ou II - quando requeridas pelo interessado, ou por seu representante legal devidamente autorizado: pela DRF, Derat, Deinf ou Demac, de seu domicílio tributário. § 1º A DRF, Derat, Deinf ou Demac, do domicílio tributário do interessado prestará as informações de que trata o caput por meio do "Atestado de Residência Fiscal no Brasil", conforme Anexo I a esta Instrução Normativa, o qual deverá conter data, identificação funcional e assinatura da autoridade tributária, ou mediante impresso oficial da administração tributária do país estrangeiro a que se destina o atestado, a pedido do interessado ou de seu representante legal. § 2º A solicitação do "Atestado de Residência Fiscal no Brasil" implicará concordância do interessado em submeter-se à tributação no País com base na renda mundial no período em questão.

[12] Art. 4º Para fazer jus aos benefícios previstos nas convenções internacionais destinadas a evitar a dupla tributação da renda, firmadas pelo Brasil, o interessado, residente no exterior, ou seu representante legal devidamente autorizado, deverá apresentar à fonte pagadora dos rendimentos no Brasil o "Atestado de Residência Fiscal no Exterior", conforme Anexo III a esta Instrução Normativa, ou documento oficial que comprove a sua residência fiscal, emitido pela administração tributária do país estrangeiro.

[13] Art. 5º A RFB disponibilizará no seu sítio na Internet, no endereço, os formulários correspondentes aos atestados a que se referem os arts. 2º, 3º e 4º, respectivamente, a serem apresentados pela pessoa física ou jurídica interessada ou pelo respectivo representante legal, devidamente identificados: § 3º O atestado a que se refere o inciso III deverá ser apresentado à fonte pagadora pelo interessado, em 2 (duas) vias, ou acompanhado de cópia autenticada, sendo uma das vias destinada à própria fonte pagadora no Brasil e a outra encaminhada pela fonte pagadora à DRF, Derat, Deinf ou Demac, a que estiver jurisdicionada.

[14] Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele



de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.**

[15] Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

[16] Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

[17] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: I - quando a lei assim o determine; II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária; III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade; IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial. Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

## **ANÁLISE SOBRE O ACESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AOS DADOS DO SISTEMA DE REGISTRO DE BENS DOS AGENTES PÚBLICOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**FLAVIO VINICIUS ALVES CORDEIRO:** Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Consultor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN).

**RESUMO:** O presente trabalho envolve a controvérsia jurídica sobre o acesso pelo Ministério Público aos dados do Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos (SISPATRI) criado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), reunindo informações sobre patrimônio dos declarantes, como ferramenta ao controle da evolução patrimonial e do enriquecimento ilícito dos agentes públicos. A partir de pesquisa bibliográfica e legislativa, busca-se explorar o conflito aparente existente entre o direito ao sigilo de dados patrimoniais dos declarantes do banco de dados estadual e os poderes requisitórios do Ministério Público. A jurisprudência pátria confere primazia ao tratamento legal conferido pelo art. 198 do Código Tributário Nacional, de modo que sejam observadas as suas restrições para a transferência de informações para resguardo do direito à intimidade.

**Palavras-chave:** Banco de dados patrimoniais. Sigilo fiscal. Ministério Público.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos – SISPATRI do TCE/RN. 2.1 A proteção dos dados do SISPATRI pelo sigilo fiscal. 3 Os Limites dos poderes requisitórios do Ministério Público. 4 Conclusão. Referências.

---

### INTRODUÇÃO

A questão jurídica discutida no presente trabalho envolve os poderes requisitórios do Ministério Público e a proteção do sigilo fiscal dos dados mantidos pelo Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos (SISPATRI),

banco de dados estadual criado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN) para análise da evolução patrimonial das autoridades e dos servidores públicos.

O Ministério Público, com fundamento no art. 8º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 75/1993, em tese, pode ter acesso ao Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos – SISPATRI em prol do desenvolvimento de suas atividades institucionais.

A discussão será desenvolvida a partir de estudo por pesquisa bibliográfica sobre a doutrina, legislação e jurisprudência que norteiam o assunto, sendo que imperioso destacar alguns pontos para apreciação, a saber: (i) a natureza dos dados mantidos pelo SISPATRI, (ii) o acesso do Ministério Público a dados sigilosos e (iii) a orientação sobre o pleito contido no ofício do *Parquet* federal.

#### 1 Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos – SISPATRI

O Sistema de Registro de Bens dos Agentes Públicos – SISPATRI está regulamentado na Resolução nº 030/2016 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN)[1], que dispõe sobre os procedimentos referentes às Declarações de Bens e Rendias a serem apresentadas pelas autoridades e servidores públicos a que aludem as Leis Federais nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e nº 8.730, de 10 de novembro de 1993[2] e a Lei Complementar Estadual nº 464, de 05 de janeiro de 2012 (Lei Orgânica do TCE/RN), bem como sobre a forma de fiscalização dessas declarações, para fins de controle da variação patrimonial e de sinais de enriquecimento ilícito de agentes públicos.

O banco de dados está restrito ao Estado do Rio Grande do Norte, ainda que com o alcance de todos os entes federados submetidos ao controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, como o próprio estado-membro e os municípios que o integram.

O sistema concentra as informações sobre o patrimônio dos declarantes, revelando, de modo individual, o conjunto de bens e obrigações integrantes do acervo patrimonial das pessoas indicadas no rol do art. 3º, que, de maneira universal, contempla as autoridades e servidores públicos, inclusive de cargos em provimento em comissão, de todos os poderes dos entes federados submetidos à jurisdição do TCE/RN.

As informações são prestadas em periodicidade anual, através de uma declaração, para fins de registro da universalidade de bens possuída por cada agente, consoante se vislumbra a partir do art. 4º, *caput*, da Resolução 030/2016:

rendimentos, imóveis, veículos, semoventes, joias, depósitos bancários, ações e quotas de sociedades comerciais ou civis, títulos de crédito, certificados de depósitos lastreados em dinheiro ou metais preciosos, aplicações financeiras que, no país ou no exterior, constituem, separadamente, o patrimônio do declarante e de seus dependentes e quaisquer outros papéis ou bens que possam ser expressos em moeda

Em seu conteúdo, a declaração do SISPATRI corresponde a imagem e semelhança da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física.

Isso porque a legislação de regência do Imposto de Renda é adotada como parâmetro para definição dos bens que devem constar no documento a ser enviado ao sistema. É o que se infere do artigo 5º, a seguir transcrito:

Art. 5º Os agentes públicos a que se refere o art. 3º desta Resolução disponibilizarão ao Tribunal de Contas, de 1º de abril até o dia 31 de maio do ano subsequente ao ano de referência, *as declarações de bens e rendimentos, por um dos seguintes meios*. (Redação dada pela Resolução nº 004/2018-TCE)

I - sistema eletrônico de registro de bens e valores, em formato a ser disponibilizado no portal do Tribunal de Contas, mediante o preenchimento das informações relativas aos dados pessoais, bens e valores, inclusive de dependentes, se existentes;

II - sistema eletrônico de registro de bens e valores, remetendo *cópia da declaração anual de bens apresentada à Receita Federal do Brasil, mediante envio do arquivo (.dec) gerado pelo programa disponibilizado pela Receita Federal do Brasil para a Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física, na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações.*

§ 1º A remessa da declaração ao Tribunal de Contas se dará, também, em até trinta dias da posse ou, inexistindo esta, da entrada em exercício, bem como em até trinta dias após deixarem de serem ocupados os cargos, empregos ou funções, ou ainda quando solicitada, a critério do controle interno respectivo ou do Tribunal de Contas, por qualquer dos meios previstos neste artigo.

§ 2º O agente público que estiver dispensado de apresentar a Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física, na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, deve apresentar sua declaração de bens ao Tribunal de Contas por meio do sistema eletrônico descrito no art. 5º, inciso I desta Resolução.

§ 3º O cumprimento das obrigações constantes no caput deste artigo deve observar as regras de transição

consignadas nos arts. 18 a 20 desta Resolução. (destaques acrescidos)

Nem se diga que a previsão do art. 5º, inciso I, refuta a afirmação anterior, na medida em que as características da declaração a ser prestada por quem se amolda na situação do art. 5º, § 2º, acima reproduzido, possuem os mesmos contornos jurídicos da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física, consoante leitura sistemática do regulamento. Com efeito, é o que se vislumbra no último considerando, na descrição do conteúdo da declaração no art. 4º supramencionada e no disposto no art. 5º, § 2º, todos da resolução citada.

Portanto, o conteúdo da declaração envolve bens, rendimentos, direitos e obrigações que compõem o patrimônio do declarante.

Sob o ponto de vista sumário, limitado ao regulamento do sistema, não seria possível assegurar a outros órgãos o acesso à base de informações do SISPATRI, na medida em que, na concepção desse sistema, a análise da evolução patrimonial e do enriquecimento ilícito seria restrita ao TCE/RN. A esse respeito, o art. 17 da resolução permite a celebração de convênios para facilitar a importação dos dados.

### 1.1 A proteção dos dados do SISPATRI pelo sigilo fiscal

É cediço que o sigilo fiscal resguarda o direito fundamental à intimidade, encontrando assento constitucional no artigo 5º, inciso X[3], tendo o art. 198, *caput*, do Código Tributário Nacional conferido-lhe densidade normativa, nos seguintes moldes:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Em acréscimo, a legislação tributária acrescenta o alcance da proteção à liberdade individual, através da Portaria nº 2.344, de 24 de março de 2011, da Receita Federal do Brasil[4], contemplando os dados abarcados:

Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:

I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;

II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;

III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.

Assim, por envolver o patrimônio pessoal dos indivíduos, é imperiosa a conclusão de que as declarações prestadas ao SISPATRI têm o conteúdo protegido pelo sigilo fiscal.

## 2 Os LIMITES DOS poderes requisitórios do Ministério Público

A Constituição Federal resguarda ao Ministério Público a faculdade de requisitar informações, dados e documentos para o desempenho de suas atividades institucionais. O incisos VI e VIII do art. 129 asseguram a possibilidade de requisitar informações em processos administrativos e em investigações criminais, respectivamente.

Sobre o tema do sigilo fiscal e o acesso aos dados pelo Ministério Público, o legislador infraconstitucional estabeleceu, de um lado, a previsão do art. 8º, VIII, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, que regulamenta o art. 129, VI, da Constituição, e, de outro, o art. 198 do Código Tributário Nacional, que esmiúça o tratamento do sigilo fiscal e o compartilhamento das informações em seu parágrafo.

As duas previsões normativas asseguram o acesso ao Ministério Público das informações *fiscais*. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria com relação à esfera penal, afetando-a ao Tema nº 990 – “Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para *fins penais*, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário”. O recurso aguarda o julgamento de mérito.

O art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, ao afastar a oposição de sigilo pelo detentor dos dados, assegura o acesso incondicionado ao *Parquet*, o que vai de encontro à previsão do Código Tributário Nacional que exige algumas cautelas para resguardar a proteção à tutela da intimidade.

Diante dessa situação, a jurisprudência pátria confere primazia ao tratamento legal conferido pelo art. 198 do Código Tributário Nacional, de modo que sejam observadas as suas restrições.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região[5], analisando a possibilidade de o Ministério Público Estadual requisitar dados à Receita Federal entendeu pela possibilidade, consignando na ementa do julgado que

A Lei Complementar 75/93, no âmbito da União, regulamentou o preceito constitucional também em seu art. 8º, §2º, ao afirmar que "nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."



(...)

Ademais, o art. 198, §1º, inc. II do Código Tributário Nacional dispõe que não se pode opor o sigilo fiscal quando houver solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

A título ilustrativo, o posicionamento reproduzido alinha-se ao precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, formado no Recurso Extraordinário nº 601.314 com repercussão geral reconhecida, em que foi assegurado ao Fisco o acesso a dados protegidos por sigilo bancário, sob o argumento de que a transferência de informações entre as esferas administrativas não representa quebra, mas transferência de sigilo.

De todo modo, não se pode desviar do tratamento legal conferido pelo Código Tributário Nacional – o que passa a ser analisado. Transcreve-se a previsão do art. 198 que rege a temática.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja

comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

- I – representações fiscais para fins penais;
- II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
- III – parcelamento ou moratória.

Até a Lei Complementar nº 104/2001, o sigilo fiscal submetia-se à reserva de jurisdição. Desde então, franqueia-se o acesso aos dados por solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública (art. 198, § 1º, inciso II), além da solicitação judicial (inciso I).

Nesse contexto, considerando os fins institucionais do Ministério Público, notadamente a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, é possível inferir que a sua atuação amolda-se ao previsto no art. 198, § 1º, II, do CTN. Corroboram a afirmação Augusto Carlos Rocha de Lima e Luiz Henrique da Silva Freitas<sup>[6]</sup> ao sustentarem que

A atividade investigativa do Ministério Público, garantidora dos interesses coletivos, individuais indisponíveis e socialmente relevantes, é típica função administrativa, portanto. Tanto é assim que o art. 6º da Lei 8.625/93 concebe como órgãos da Administração do Ministério Público as Procuradorias e Promotorias de Justiça, cujos Procuradores e Promotores de Justiça executarão suas funções.

(...)

o Ministério Público, como autoridade administrativa que é, pode se deparar em investigação regularmente instaurada para apurar infração administrativa (todo fato ilícito que não leve exclusivamente à responsabilização civil ou penal), com a necessidade de análise de dados fiscais a partir de seu poder de requisição – contra o qual nenhum órgão pode opor exceção de sigilo.

O próprio inciso II supracitado exige que “seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

Com isso, não se vislumbra óbice ao acesso dos dados do SISPATRI pelo Ministério Público, desde que algumas cautelas sejam observadas, tais como: (i) a identificação dos solicitantes através de procedimento de segurança para confirmação de identidade (certificação digital, acesso por *login* e senha, etc.), delimitando aos membros do Ministério Público Federal; (ii) a identificação do sujeito a ser investigado; (iii) a identificação do procedimento administrativo no âmbito do órgão solicitante em que as informações serão úteis; e (iv) o recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Por derradeiro, é imperioso salientar que não há previsão legal para o acesso irrestrito ao banco de dados do SISPATRI e a prática é condenada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros. Nessa direção, há tanto o julgado supracitado quanto o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região[7] que, após reconhecer a competência do Ministério Público para solicitação de informações, alerta que a prerrogativa não pode ser feita sem a existência de prévio processo administrativo investigativo, ao deixar claro na ementa que: “Fica claro, portanto, a imprescindibilidade de, ao menos, um procedimento investigatório de conduta ilícita.”

## Conclusão

A partir dos apontamentos apresentados, é imperioso afirmar que, embora as informações prestadas pelas autoridades e servidores públicos ao SISPATRI estejam protegidas por sigilo fiscal, não há violação ao sigilo fiscal pelo compartilhamento das informações do SISPATRI ao Ministério Público, desde que observadas as cautelas do art. 198, §§ 2º, II, e 3º, do Código Tributário Nacional, quais sejam, (i) a identificação dos solicitantes através de procedimento de segurança para confirmação de identidade (certificação digital, acesso por *login* e senha, etc.), delimitando aos membros do Ministério Público Federal; (ii) a identificação do sujeito a ser investigado; (iii) a identificação do procedimento administrativo no âmbito do órgão solicitante em que as informações serão úteis; e (iv) o recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Conforme a disciplina legal, aos poderes requisitórios do *Parquet* não é oponível o sigilo da informação, no entanto, há de se observar, no caso em tela, as restrições do Código Tributário Nacional para assegurar a força normativa ao direito fundamental à intimidade dos declarantes ao SISPATRI.

## REFERÊNCIAS

LIMA, Augusto Carlos Rocha de; e FREITAS, Luiz Henrique da Silva. Acesso Direto do Ministério Público às Informações Protegidas pelo Sigilo Fiscal – art. 198, § 1º, II do Código Tributário Nacional. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*. Ano. 2, n. 1. Natal, 2014. pp. 13-42., jan./jun. 2014.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Portaria nº 2.344, de 24 de março de 2011. Disponível em: Acesso em: 21 jan. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 30/2016. Disponível em: Acesso em: 21 jan. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Remessa Necessária em Ação Cível nº 200651010200836. 5ª Turma Especializada. Rel. Desembargador Federal Marcus Abraham. j. 28/01/2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 00005909320104058101. Primeira Turma. Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena. J. 05/06/2014.

NOTAS:

[1] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 30/2016. Disponível em: Acesso em: 21 jan. 2018.

[2] O diploma legal estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União.

[3] Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[4] RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Portaria nº 2.344, de 24 de março de 2011. Disponível em: Acesso em: 21 jan. 2019.

[5] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Remessa Necessária em Ação Cível nº 200651010200836. 5ª Turma Especializada. Rel. Desembargador Federal Marcus Abraham. j. 28/01/2014.

[6] LIMA, Augusto Carlos Rocha de; e FREITAS, Luiz Henrique da Silva. Acesso Direto do Ministério Público às Informações Protegidas pelo Sigilo Fiscal – art. 198, § 1º, II do Código Tributário Nacional. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*. Ano. 2, n. 1. Natal, 2014. pp. 13-42., jan./jun. 2014.

[7] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 00005909320104058101. Primeira Turma. Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena. J. 05/06/2014.

## **INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DANIEL DE SOUZA VELLAME:** Advogado de sociedade de economia mista federal, formado na UniverCidade com especialização em Direito Tributário junto à Fundação Getúlio Vargas (FGV)

**RESUMO:** O Sistema Tributário Brasileiro arrola as taxas dentre as espécies tributárias, as quais visam remunerar a prestação de um determinado serviço público divisível ou custear a atividade de polícia administrativa. Dentre as taxas, o Estado do Rio de Janeiro instituiu a denominada Taxa de Incêndio, a qual não atende os requisitos legais para se manter hígida dentro do Sistema Tributário à luz da matriz constitucional e legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Taxa de Incêndio. Inconstitucionalidade. Posição atual do Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio do Estado do Rio de Janeiro. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

---

### **1. Introdução:**

A Taxa de Prevenção e Extinção de Incêndio, exigida pelo Estado do Rio de Janeiro, tem como fato gerador o serviço de prevenção e extinção de incêndio, prestado ou colocado à disposição de unidades imobiliárias de utilização residencial ou não-residencial, ocupadas ou não, consoante expressa disposição do art. 1º do Decreto n. 3.856/80, *in verbis*:

*Art. 1º - Constituem fato gerador da taxa de serviços de prevenção e extinção de incêndio, prestados ou colocados à disposição de unidades imobiliárias de utilização residencial ou não-residencial, ocupadas ou não.*

*Parágrafo único – Considera-se unidade imobiliária qualquer espécie de construção de utilização residencial ou destinada ao exercício de atividade comercial, produtora, industrial e prestadora de serviço.*

Consoante a disposição regulamentar acima transcrita, trata-se de uma taxa instituída em razão da prestação de serviço público efetivo ou potencial prestado à população fluminense, lastreado, em tese, na regra do artigo 77 do Código Tributário Nacional e no artigo 145 da Constituição Federal de 1988.

*Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.*

*Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*

Como se demonstrará abaixo, a Taxa em comento não preenche os requisitos legais e constitucionais para ser exigida, à luz do Sistema Tributário Brasileiro.

## **2. Inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio do Estado do Rio de Janeiro.**

A taxa de incêndio foi instituída para custear o serviço público prestado ou colocado à disposição pelo Estado do Rio de Janeiro, através do Corpo de

Bombeiros, dirigido à extinção e à prevenção de incêndios, em unidades imobiliárias residenciais ou não, ocupadas ou não.

Definido o fato gerador desta taxa (art. 1º do Decreto n. 3.856/80), passa-se à identificação dos contribuintes, cuja definição está descrita no art. 3º do Decreto n. 3.856/80, sendo que, no referido dispositivo legal, considera-se contribuinte da taxa: o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor, a qualquer título.

No que tange ao seu aspecto temporal, vale dizer que a taxa é exigida, anualmente, pelo Estado do Rio de Janeiro, na forma do art. 7º do Decreto n. 3.856/80.

Em que pese a presunção de legalidade desta exação, a qual vem sendo exigida pelo Estado do Rio de Janeiro, por décadas, afigura-se importante destacar a possibilidade de questionamento judicial deste tributo, como consectário da sua inconstitucionalidade.

A Jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal oscilou, no curso dos anos, sobre a constitucionalidade das denominadas Taxas de Incêndio instituídas pelos Estados da Federação, sendo exemplo dessa instabilidade a edição e a revogação da Súmula 274 (STF), abaixo transcrita:

*“É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco”.*

Com efeito, a discussão sobre a constitucionalidade destas taxas estaduais girava em torno de dois aspectos: (i) divisibilidade do serviço; (ii) possibilidade de se custear atividade de segurança pública mediante taxa.

Essa instabilidade na compreensão sobre a validade desse tributo, notadamente no Estado do Rio de Janeiro, também não passou ao largo da análise do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.



Esse Tribunal de Justiça Fluminense, em diversas oportunidades, chancelou a constitucionalidade desta taxa, contudo, sob a perspectiva da disponibilidade do serviço custeado pela exação.

A propósito, esse foi o entendimento defendido na Apelação n. 0097951-74.2009.8.19.0001, relatada pelo Exmo. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julgada em 04/10/2017 pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

***“É legítima a cobrança da referida taxa, em razão da prevenção, combate e extinção de incêndios, disponibilizados à população pelo Estado, independente do seu uso efetivo”.***

No âmbito da Corte Fluminense, esta posição também foi perfilhada pela 12ª Câmara Cível, consoante se verifica da apelação n. 0003716-02.2007.8.19.0029, relatada pelo Exmo. Des. Jaime Dias Pinheiro Filho:

***“É legítima a cobrança da referida taxa, em razão da prevenção, combate e extinção de incêndios, disponibilizados à população pelo estado, independente do seu uso efetivo”.***

Em que pese a estabilização da temática na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vale realçar a tendência de alteração desse cenário, como consectário da projeção do recente entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal sob a matéria.

Isso porque, em dezembro de 2017, o Eg. Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 643.247/SP, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Exmo. Ministro Marco Aurélio.

Na ocasião do julgamento deste Recurso Extraordinário, cuja ementa segue abaixo transcrita, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese em repercussão geral: ***“A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da***

***Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim".***

*TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo.*

Ou seja, prevaleceu na Corte Constitucional o entendimento de que a atividade exercida pelo Corpo de Bombeiros relativa ao combate e à prevenção a incêndios constitui atividade de segurança, à luz do art. 144, inc. V, da Constituição Federal:

*Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*

E, por conta disso, o Pretório Excelso interpretou a taxa referida como serviço público geral e indivisível, devendo ser custeada pelo pagamento de impostos, sendo inconstitucional a exigência de taxa para esse fim.

É o que se extrai do voto do Exmo. Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário em comento:

*"Repita-se à exaustão – atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação decorrente de impostos, pressupondo a taxa o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Nem mesmo o Estado poderia, no âmbito da segurança pública revelada pela prevenção e combate a incêndios, instituir validamente a taxa,*

*como proclamou o Supremo, embora no campo da tutela de urgência”.*

Nota-se que a taxa de incêndio instituída pelo Estado do Rio de Janeiro foi editada, exatamente, para custear serviço de segurança, conforme se depreende, inclusive, do Anexo II do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (Dec. Lei n. 5/75, Anexo II – Taxas de Segurança e Censura - item 12).

Fixada essa premissa, cabe pontuar que, embora a questão tenha sido decida em Recurso Extraordinário – ainda pendente de trânsito em julgado -, submetido à repercussão geral, com referência específica à taxa de incêndio municipal instituída pela capital do Estado de São Paulo, fato é que a tese fixada se projeta para todas as demais taxas instituídas pelos entes federativos para custear a atividade de prevenção e combate a incêndios.

Afirma-se com fincas na possibilidade de aplicação da transcendência dos motivos determinantes para projetar as razões de decidir e, com isso, questionar a constitucionalidade de todos os demais diplomas normativos que instituem taxas similares.

Essa possibilidade, aliás, ganha contornos de maior relevância pela recente alteração jurisprudencial do STF sobre os efeitos do julgamento realizado em Recurso Extraordinário. No ponto, a Corte Constitucional passou a abraçar a tese, antes minoritária, defendida pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes tocante à mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988.

Explica-se: quando do julgamento da ADI n. 3.406, o STF passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, outorgando-lhe efeitos vinculantes e *erga omnes*, objetivando, com isso, a tese fixada em recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, autorizando sua projeção para discussões com o mesmo pano de fundo.

Outrossim, a probabilidade de manutenção do entendimento sobre a inconstitucionalidade da taxa de incêndio é corroborada pela nova disciplina

processual que impõe aos Tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente (art. 926 do CPC-15).

Embora tal regra não vincule o Supremo Tribunal Federal, esse dispositivo constitui uma diretriz para o órgão julgador e figura como critério de persuasão para a manutenção do entendimento então fixado, notadamente à luz da juridicidade e da legítima expectativa.

### **3. Conclusão**

Destarte, considerando a recente visão do Eg. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria – inserção a atividade de combate ao incêndio no âmbito da segurança pública, não sendo passível de cobrança através de taxa -, conclui-se pela inconstitucionalidade da Taxa de Prevenção e Extinção de Incêndio, exigida pelo Estado do Rio de Janeiro, sendo, por essa razão, possível a apresentação de demandas judiciais visando a repetição do indébito tributário e a declaração de inexistência de relação jurídica tributária.

### **4. Bibliografia**

[http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos\\_Estaduais/Dec\\_Est\\_N\\_03856.pdf](http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf) (Decreto n. 3.856/80, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm) (CTN, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) (Constituição Federal de 1988, acessado em 26/02/2019)

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1550> (Súmula 274 do STF, acessado em 26/02/2019)

<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700154744> (Apelação n. 0097951-74.2009.8.19.0001 – TJRJ, acessado em 26/02/2019)

<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700144354> (Apelação n. 0003716-02.2007.8.19.0029 – TJRJ, acessado em 26/02/2019)

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4084500> (Recurso extraordinário n. 643.247/SP - STF, acessado em 26/02/2019)

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument> (Dec. Lei n. 5/75, acessado em 26/02/2019)

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225> (ADI n. 3.406 – STF, acessado em 26/02/2019)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) (CPC-15, acessado em 26/02/2019)

## **O REGIME FAVORECIDO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - UMA LEITURA SISTEMÁTICA DAS NORMAS PREVISTAS NA LC 123/2006 QUE PREVEEM A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÕES COM PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EPP**

**EVANDRO PIRES DE LEMOS JÚNIOR:**

Advogado, ex-servidor do Tribunal de Justiça-MA, aprovado em diversos concursos públicos.

### **1 Introdução**

O presente texto tem por desiderato analisar as consequências decorrentes da modificação da Lei Complementar 123/2006, promovidas pela Lei Complementar 147/2014, fundamentalmente no que se refere ao regime favorecido de contratações de microempresas e empresas de pequeno porte em que o contratante seja o poder público.

Cumprido pontuar, de plano, que a presente análise terá como elemento central o sistema de contratação pública, no qual essas normas foram inseridas. Desse modo, todo o pressuposto da presente análise parte da premissa de que as normas foram inseridas dentro de um sistema normativo que regula a contratação pública, sendo as normas de favorecimento um “microsistema” próprio que deve ser analisado e interpretado a luz dos princípios que orientam esse sistema maior.

Não se ouvida que é possível uma visão diversa, contudo, no estudo presente, optou-se por partir da premissa que as normas inseridas na Lei Complementar 123/2006 passam a integrar o conjunto de normas que regulam a temática das contratações.

Assim, em que pese não se propor qualquer hierarquia entre as normas, mas tendo-se em mente que os princípios de um ordenamento jurídico devem ser utilizados como vetores hermenêuticos, necessário ter em mente que

são os princípios gerais das contratações públicas que orientam a hermenêutica realizada sobre as normas que se passam a analisar. [1]

Estabelecida essa premissa básica, sem a qual toda a argumentação que se irá adotar doravante perderá sentido, pode-se passar a análise do objeto do presente estudo.

## **2. As inovações da LC 147/2014 no sistema de contratações públicas**

Ponto importante que é necessário deixar assentado é que, já na redação original da LC 123/2006, havia previsão da realização de licitações cuja participação era limitada a microempresas e empresas de pequeno porte.

Em sua redação original, contudo, o art. 48 da LC 123/2006 previa que a realização de licitações com participação limitada constituía uma faculdade do administrador.

A inovação trazida pela LC 147/2014 foi transformar o que era uma faculdade em uma obrigação. O que antes constituía uma possibilidade torna-se, com o advento novel norma, um dever.

Como já apontado, a norma da LC 123/2006 traz em seu microcosmo um regime de favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte, e esse favorecimento ocorre nos mais diversos campos, seja no regime tributário, seja na seara contábil, seja no que se refere ao fomento desse nicho de mercado por meio da obrigatoriedade do poder público realizar a contratação de empresas que tenham essa qualificação.

Dispensáveis profundas considerações para que se possa ter clara a evidente justeza dessa medida, uma vez que a competição de uma empresa de pequeno porte, qualquer que seja sua área de atuação, com grandes conglomerados implicaria na anulação da atuação daquelas.

E é nesse contexto que a nova redação do artigo 47 da LC 123/2006, promovida pela LC 147/2014, parece bem-vinda, uma vez que permite que as

contratações públicas tenham uma segunda função (além evidentemente do atendimento das necessidades públicas), sejam utilizadas como fomento de um nicho de mercado.

Para tanto, a nova legislação previu que as contratações públicas devem ser disputadas apenas por microempresas e empresas de pequeno porte quando o valor estimado da contratação for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), consoante dispõe o art. 48, I, da LC 123/2006.

Necessário observar que a norma em questão previu uma hipótese em que é obrigatória a limitação dos potenciais competidores no certame, em face de uma condição ou qualidade pessoal do interessado.

Nesse mesmo sentido, o inciso III do mesmo artigo previu que nas contratações cujo objeto tenha natureza divisível, deverá a administração estabelecer uma cota de 25% do objeto a ser contratado de microempresas e empresas de pequeno porte.

Necessário pontuar que a redação da norma do inciso III acima referido não indica que ele seria aplicável apenas às contratações cujo valor fosse superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), apenas trazendo como elemento caracterizador dessa hipótese a divisibilidade do objeto.

Contudo, a aplicação prática da norma acabou resultando numa incidência em certames cujo valor supere a alçada do inciso I do art. 48.

Conseqüentemente, a aplicação usual que se vislumbra ao caso é a de que: nas contratações de valor estimado de até R\$ 80.000,00 ter-se-á uma disputa limitada a microempresas e empresas de pequeno porte. Superado esse valor, e sendo o objeto divisível, ter-se-á que realizar um recorte de até 25% do objeto a ser contratado, para que, relativamente a essa cota, a competição fique limitada a microempresas e empresas de pequeno porte.

Desde a entrada em vigor da norma modificadora (LC 147/2014) não houve grande celeuma quanto a forma de aplicação do dispositivo legal, sendo a jurisprudência igualmente bastante parca.



Eis que, em agosto de 2018, o TCU, apreciando o relatório de auditoria nos autos do processo 016.935/2017-9, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, no acórdão 1819/2018, manifestou o entendimento de as normas dos incisos I e III do art. 48 da LC 123/2006 não tinham que ser aplicadas de forma conjunta.

Em termos mais claros, o TCU manifestou entendimento de que a cota para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no inciso III do art. 48 da LC 123/2006 não estava limitada a R\$ 80.000,00, valor limite para licitações exclusivas.

E é especificamente sobre esse tema que se passará, doravante, a analisar qual seria a hermenêutica que melhor se adequa ao sistema normativo que regulamenta as contratações públicas.

### **3. Breves considerações sobre o sistema jurídico das contratações públicas**

A despeito de não serem novas, mas nunca se deve deixar de atentar para as lições de Hely Lopes, que apontava em sua clássica obra que “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”[2].

Importante ter em mente que o insígne professor refere-se a proposta mais vantajosa. Em sua lição o foco da administração não é a aquisição mais barata, mas sim aquela, repete-se “mais vantajosa”.

Com relação a essa vantajosidade, outro doutrinador de escol, Justen Filho, assevera:

(...) o preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta a licitação sempre visa à obtenção da melhor proposta pelo menor custo possível. Esse fator “menor custo possível” é comum em toda e qualquer licitação; as exigências relativas à

qualidade, prazo, etc., podem variar caso a caso, porém, quando se trata do preço, a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis[3]

Modernamente pode-se apontar que o fator preço, nas contratações públicas tem, a despeito de sua enorme importância, sido substituído pela melhor compra, entendida como o melhor produto possível pelo valor mais adequado.

Dentro desse entendimento de que o preço pura e simplesmente não pode ser o fator único de consideração no momento da contratação, é que se insere a realização do fomento de um nicho de mercado nas contratações públicas, tal como previsto na LC 123/2006.

Um outro aspecto ou característica do processo licitatório decorre do princípio da impessoalidade.

Conforme lição de Maria Silvia di Pietro decorre do princípio da impessoalidade o fato de que todos os potenciais licitantes "devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações"[4].

Em conformidade com esse princípio é vedado a administração limitar a competitividade do certame, devendo ser admitido que todo aquele que tenha interesse em participar do certame possa nele competir.

Para os fins do presente trabalho esses são os dois princípios que devem permanecer mais avivados na memória, fundamentalmente para que se possa realizar o adequado cotejo entre as normas do sistema licitatório e aquelas destinadas ao fomento das atividades das microempresas e empresas de pequeno porte, realizando ainda uma análise da jurisprudência do TCU, referida alhures.

#### **4. Uma análise das normas da LC 123/2006 à luz da sistemática das aquisições públicas**

Tendo sido fixadas as premissas apontadas nas linhas acima, pode-se, doravante, intentar uma análise mais acurada daquilo se pode apontar como

interpretação das normas do regime de tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte e as normas que orientam o processo licitatório.

Num primeiro momento, há que se apontar a anuência ao entendimento do TCU plasmado no acordo 1819/2018 quanto a possibilidade de o estado pagar mais caro para a aquisição de um mesmo produto quando o vendedor se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nessa situação a compra mais vantajosa para a administração não será observada apenas pelo valor do item.

Como abordado anteriormente, há que se apontar como contratação mais vantajosa aquela que conjugue o melhor produto ao menor preço, isso no caso de uma compra usual.

Contudo, a norma da LC 123/2006 aponta que, tendo em vista o interesse público da realização de fomento de um determinado nicho de mercado, no caso as microempresas e empresas de pequeno porte, a melhor contratação será aquela realizada de empresa que assim se qualifique, observados os demais requisitos legais.

Observe que nas situações regulamentadas pela Lei supra referida insere-se um requisito adicional para a aferição da vantajosidade – no caso enquadrar-se o contratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Observado esse requisito, alternativa não resta senão anuir ao entendimento manifestado pelo TCU no já referido acordo de que o valor contratado de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, seja em licitações de competitividade restrita a elas (hipótese do art. 48, I da LC 123/2006), seja quando contratado em cotas de item disputada exclusivamente por essas empresas (art. 48, III, da mesma Lei) sejam superiores àqueles ofertados por grandes empresas.

Por outro lado, relativamente ao outro entendimento manifestado, de que inexistiria limite de valor para o estabelecimento das cotas, parece necessário uma atenção especial.

#### **4.1 Acerca da necessidade de limitação do valor das cotas reservadas a microempresas e empresas de pequeno porte**

Por certo o entendimento manifestado pelo TCU no acórdão 1819/2018 é de que a aplicação do disposto no art. 48, III, da LC 123/2006 – que estabelece a cota de participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte não possui qualquer limite de valor, devendo corresponder apenas a 25% do objeto licitado.

Tal entendimento não parece consentâneo à melhor hermenêutica.

De plano importante repisar, tal como apontado nas primeiras linhas desse texto, que essa norma se insere dentro de um sistema maior, que regulamenta as contratações públicas.

Na verdade, tem-se no caso uma norma que, num primeiro momento, regulamenta exatamente essa espécie de contratação e o faz para, de modo concomitante, estabelecer um regime favorecido de contratação para um determinado tipo de empresa.

Ora, se a primeira finalidade da norma é orientar as contratações públicas, por certo que sua interpretação deve ser feita em atenção a esse desiderato, observando as linhas mestras, os princípios, que orientam todas as normas desse sistema.

Dessa constatação tem-se a evidente conclusão de que a interpretação desse dispositivo deve seguir o mesmo vetor hermenêutico que orienta a aplicação de qualquer outra norma que aborde o tema das contratações públicas.

Importante observar, tal como apontado linhas acima, que a aplicação das normas que orientam a contratação pública deve levar em conta princípios como da igualdade e da vantajosidade.

É exatamente ao se utilizar como filtro hermenêutico<sup>[5]</sup> esses princípios que se conclui que o entendimento do TCU não se mostra adequado.

No que se refere a norma do art. 48, III, da LC 123/2006 tem-se presente regulamentação, repete-se uma vez mais, a respeito de contratação pública, estabelecendo-se que nas aquisições de objetos divisíveis deverá a administração estabelecer uma cota de até 25% que somente podem ser disputada, no certame, por microempresas e empresas de pequeno porte.

Tal como já apontado, e igualmente a norma do inciso I desse mesmo artigo, necessário ter em mente que o que aquela norma regula é uma limitação da competitividade no processo licitatório.

Observadas as normas sobre esse prisma necessário reconhecer que há, na situação presente, então dois diplomas normativos que regulam a mesma matéria, qual seja a limitação do espectro de potenciais participantes de um processo licitatório.

De logo há que se reconhecer que não se verifica qualquer antinomia entre os dois dispositivos, posto que o inciso I trata de contratações cujo valor dentro de uma alçada ao passo que o inciso III regula as contratações com atenção a natureza do que objeto que a administração pretende adquirir, no caso bens divisíveis.

Importante asseverar que é evidentemente possível que pretenda a administração adquirir um bem divisível e o valor estimado da contratação seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Nessa situação, à toda evidência, necessário reconhecer que restará campo de atração da aplicação do inciso I do art. 48.

A aplicação prática das normas foi feita no sentido de que, em se tratando de bens de natureza divisível, o inciso III incidirá somente nos casos em que o valor estimado da contratação superar o limite do inciso I, de modo que quando o valor estimado da contratação superar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deverá a administração estabelecer uma cota de participação exclusiva de até 25% do objeto.

Nas licitações cujo valor seja de até R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) não se terá qualquer problema ou dúvida, a administração separa do objeto licitado a cota de 25% do objeto e realiza um certame em duas etapas: a primeira com disputa ampla, nela participando qualquer empresa interessada, e a segunda – a cota – cuja participação estará limitada a microempresas e empresas de pequeno porte.

O problema surge quando, em razão do ganho de escala, e mesmo das grandes demandas que possui a administração, se estiver diante de um objeto de valor estimado em, tal como é comum, milhões de reais.

A título de exemplo, basta imaginar uma licitação para aquisição de material usualmente (e infelizmente) bastante gasto ainda na administração, o papel. Imagine-se uma licitação para aquisição da demanda anual de papel de um estado da federação, estimada em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

A aplicação isolada do art. 48, III, da LC 123/2006 implicaria a necessidade de estabelecimento de uma cota de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Na situação posta acima haveria então um certame cujo universo potencial de participantes limita-se a empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte.

Ocorre que esse tipo de certame tem suas balizas fixadas no inciso I do art. 48 da mesma lei, que por seu turno apontou que os certames cuja disputa seja limitada a esse tipo de empresa tem um valor máximo possível, no caso R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Desse modo, a conclusão a que se chega não pode ser outra senão que a aplicação da norma do inciso III do art. 48 da LC 123/2006, que prevê uma cota de participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte deve ser aplicada com atenção ao limite de valor fixado no inciso I do mesmo artigo.

A corroborar esse entendimento possível ainda valer-se da análise literal da norma, que estabelece que a cota de participação exclusiva será de **até** 25%. Ora não é nova a lição de que a lei não traz expressões inúteis.

A utilização da preposição “até” indica a ideia de uma gradação, um limite, que pode ir de 0,1% até os 25% do objeto. Nessa situação seria possível indagar a quem competiria realizar essa gradação.

A dúvida poderia ser respondida de imediato: a administração. Mas o problema dessa resposta é que o proceder administrativo não pode ser feito ao bel-prazer do agente público, o princípio da legalidade não permite ao agente público uma atuação fora de parâmetros legais, e exatamente por causa disso que o ilustríssimo professor Celso Antônio Bandeira de Mello sempre defendeu que ao agente público não são conferidos poderes, mas sim poderes-deveres, ou mesmo deveres-poderes[6].

Ainda nessa senda, também não poderia o agente público fixar um patamar ao seu juízo subjetivo, inferior ao limite legal, porquanto haveria eventual “direito” das empresas que pudessem participar do certame das cotas de que, ausente previsão legal, haveria que se assegurar o fomento na sua potencialidade máxima, esse inclusive é o que se extrai do entendimento manifestado no acórdão 1819/2018 do TCU.

Ocorre que, analisando a questão de forma mais acurada, sob o prisma de que essas normas regulam o processo licitatório, há que se reconhecer a necessidade de existência de um parâmetro limitador, por isso o legislador utilizou a preposição “até”, porque a cota não deve ser sempre de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto.

Se fosse para não haver limite, sendo sempre a cota equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto então teria a norma sido redigida “cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação”, mas não, a utilização da preposição, tal como referido, aponta para uma necessidade de que haja alguma gradação, tal como já apontado.

E aqui parece o ponto central da questão, não podendo relegar essa gradação ao agente público, para que o fizesse de forma subjetiva, a forma objetiva prevista na própria norma vem bem a calhar, posto que a mesma Lei Complementar estabelece um limite, desta vez de valor, para as licitações em que a competição seja limitada a microempresas e empresas de pequeno valor.

Observe-se que essa aplicação conjunta tem o nítido condão de tornar aplicável ao caso concreto as duas normas que regulamentam o instituto (no caso a realização de um certame com disputa limitada a microempresas e empresas de pequeno porte), posto que restará estabelecida uma cota do objeto para disputa apenas entre essas empresas e o valor dessa cota estará dentro do limite legalmente admitido para restrição da competitividade.

Em que pese não se ter no presente caso um conflito de normas, mas a situação fronteira que se observa no caso faz recordar as lições de um dos maiores juristas da atualidade, o Prof. Humberto Ávila, que em sua excelente obra Teoria dos Princípios<sup>[7]</sup> postula que a aplicação das normas (mesmo as chamadas normas-regra) devem levar em conta a proporcionalidade, devendo serem aplicados de acordo com a sua máxima potência e devendo observar os ditames da concordância prática.

Logo, a fim de não tornar letra morta a disposição do inciso I, a aplicação do inciso III, ambos do art. 48 da LC 123/2006, deverá levar em consideração, como elemento limitador, a alçada fixada no primeiro para a restrição da competitividade.

Nesse aspecto encaixa-se como luva a clássica lição e Juarez Freitas que há muito leciona que “uma consciente interpretação tópico-sistemática do Direito Administrativo jamais poderá ser isolacionista ou hipertrofiar esta ou



aquela diretriz, destituída da necessária conexão com a inteireza do sistema, na sua vocação teleológica para abertura, unidade plural e reposição das partes do conjunto”[8].

Como já referido essas normas integram um sistema que regulamenta as contratações públicas, de modo que a aplicação de uma não pode ser feita com exclusão de outra ou das demais normas que regulamentam o tema.

Ainda, importante lição deve ser trazida de uma das mais clássicas obras sobre o tema, da genialidade da pena do Prof. Eros Grau, que leciona: “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”[9]

Todas essas lições indicam que é necessário que as normas objeto da presente análise devem ser aplicadas em conjunto, de modo que a gradação do percentual previsto em lei para a cota de “até” 25% do objeto licitado, prevista no art. 48, III, da Lei 123/20006, deve levar em consideração como limite o valor fixado no inciso I do mesmo artigo.

Assim, caso se estivesse diante de uma licitação com valor estimado em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a cota para participação exclusiva haveria de ser de R\$ 37.500,00 (trinta e sete mil e quinhentos reais), equivalentes a 25% do objeto. Por outro lado, sendo o valor estimado da contratação de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), o valor estimado para a cota deveria ser R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), equivalentes a 10% (dez por cento) do objeto – dentro da margem legal de “até” 25%.

Por certo que no segundo exemplo ambas as normas restaram atendidas, vez que, a um só tempo, foi prevista uma cota do objeto licitado para disputa exclusivamente entre microempresas e empresas de pequeno porte e essa

cota não superou o limite legal para licitações em que haja restrição da competitividade.

Ainda, importante repisar que essa proposta de aplicação conjunta dos dispositivos tende a assegurar a inexistência de qualquer subjetividade por parte da fixação do agente público responsável pela realização do certame, sendo um critério objetivo e fiscalizável.

Por fim, importante pontuar que, dado o reconhecimento de que o valor unitário a ser contratado por meio da cota pode ser superior àquele obtido na participação ampla tal interpretação ainda tende a assegurar a máxima efetividade ao desiderato último de qualquer processo de compra a ser realizado pela administração, apontado nas primeiras linhas do texto, a compra mais vantajosa.

Por certo, as finalidades inerentes ao microsistema de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte não podem se sobrepor ao resultado útil do processo licitatório.

É dizer, há que se realizar o fomento do nicho específico do mercado sem que isso torne a contratação desvantajosa. E sobre esse ponto deve-se ainda recordar que há expressa disposição legal vedando a utilização desse tratamento favorecido quando não for vantajoso para a administração[10].

Por certo a própria LC 123, em seu art. 49, III, aponta a necessidade de existência de vantajosidade na contratação para que se possa falar em manutenção do tratamento favorecido, de modo que somente se terá presente essa vantajosidade se houver o proposto limite para as cotas.

### **Conclusões**

Assim, em suma, há que se reconhecer a necessidade de uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 123/2006, que estabeleceram normas para regulamentar contratações públicas, devendo a interpretação dessas normas ser feita em consonância com os princípios que orientam essa matéria.

Outrossim, deve haver concordância harmônica na aplicação dessas normas, não sendo possível cogitar-se aplica-las dissociadas, nem do sistema complexo de normas que regulamentam e orientam as contratações, tampouco uma das outras.

Desse modo, necessário reconhecer que o entendimento do TCU contido no acórdão 1819/2018 de que a cota para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, III da LC 123/2006 não estaria limitada a alçada de R\$ 80.000,00 prevista no inciso I do mesmo artigo não se mostra adequado.

A interpretação sistemática das normas acima referidas somente pode levar a conclusão de que o inciso I estabeleceu um limite legal para que qualquer processo de aquisição a ser licitado com participação limitada a microempresas e empresas de pequeno porte não pode ter valor superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Levando isso em consideração, e diante da evidencia de que o inciso III do mesmo art. 47 da LC 123/2006 estabelece um certame em que somente podem concorrer empresas que sejam qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte, resta mais que evidente que há que se apontar que essa cota, além de não poder corresponder a mais de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, não poderá ter seu valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Interpretação diversa teria o nítido condão de anular a própria vantajosidade do certame, além de implicar em evidente anulação da efetividade da norma do inciso I, o que não se coaduna com a melhor doutrina, conforme apontado ao longo do texto.

Por fim, não se pode deixar de referir que a própria LC 123/2006 estabelece a possibilidade de o ente federativo estabelecer norma com tratamento mais favorável, por exemplo ampliando o limite para licitação com participação limitada a microempresas e empresas de pequeno porte.

Nessa situação há que se apontar que o seria variável o valor da alçada, o que não comprometeria a forma de aplicação conjulgada das normas proposta no presente texto.

#### Referencias bibliográficas

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Princípios constitucionais. São Paulo. Saraiva. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

#### NOTAS:

[1] Cunha, Sergio Sérvulo da. Princípios Constitucionais. p. 191.

[2] Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. p. 235.

[3] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, p. 435-436.

[4] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27. Ed. .p. 382.

[5] SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*.

[6] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo.

[7] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 4. Ed. p. 94.

[8] FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3. Ed. p. 240.

[9] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito. 4. Ed. p. 121.

[10] Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **não for vantajoso para a administração pública** ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado

## DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA FORNECIMENTO DE REMÉDIOS

**DANNY RODRIGUES MORAES:** Advogado, aprovado para Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Piauí e Tribunal de Justiça do Amazonas.

**Resumo:** Busca-se, no presente trabalho, apontar as características, preceitos e fundamentos a respeito da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença, bem como analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema, à luz dos princípios constitucionais. Desse modo, objetiva-se demonstrar a sua relevância para o direito, de modo que não podem, os operadores do direito, negligenciar essa realidade tão comum nos tempos modernos.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Legitimidade. Ação civil Pública. Remédios.

**Abstract:** In the present work, the aim is to identify the characteristics, precepts and foundations regarding the legitimacy of the Public Prosecutor's Office for the filing of a public civil action aimed at providing drugs to patients with a certain disease, as well as analyzing existing doctrinal and jurisprudential positions on in the light of constitutional principles. In this way, the objective is to demonstrate their relevance to the law, so that the operators of the law cannot neglect this reality so common in modern times

**Keywords:** Public ministry. Legitimacy. Related searches Medicines.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do início da controvérsia; 2. Da repercussão geral da questão constitucional; 3. Da negativa da vigência a própria constituição federal de 1988; 3.1 Legitimidade para defesa de direito individual de usuário do SUS; Conclusão; Referências bibliográficas.

---

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o desiderato de fomentar a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença.

A partir da análise da controvérsia, colhendo posicionamentos doutrinários e jurisprudências, até conclusão do tema conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral busca-se clarear o uso da ação civil pública pelo Ministério Público em tais casos, utilizando sempre a Constituição Federal de 1988 como norte e fundamento principal.

## **1. DO INÍCIO DA CONTROVÉRSIA**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Promotoria de Justiça da Comarca de Uberlândia, intentou Ação Civil Pública em face do Estado de MINAS GERAIS, pleiteando que o réu fosse condenado a disponibilizar os medicamentos Euthyrox, Os-Cal e Calcitriol aos pacientes portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia, e especialmente.

O MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido para determinar ao réu o fornecimento aos pacientes indicados na inicial e aos residentes no Município de Uberlândia, portadores da doença na qual o diagnóstico médio tenha sido indicado os citados medicamentos, sob pena de multa diária arbitrada em R\$5.000,00.

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria, reformou a decisão para extinguir o processo por acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA DETERMINADA - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Não se inserindo no âmbito objetivo da ação civil pública o fornecimento de medicamentos a pessoas determinadas, consoante estabelece a Lei nº 7.357/85, com fundamento no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser indeferida a petição

inicial, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, e extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, I e IV c/c art. 295, V, ambos do CPC.

V.V

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - RELEVÂNCIA SOCIAL - VOTO VENCIDO. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública para proteção de direitos difusos e coletivos, bem como dos direitos individuais homogêneos, como direito à saúde, em face da sua relevância social. (fl. 208).

## **2. DA REPERCURSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

A decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal explicitada no julgamento do RE 163.213-SP, relatado pelo Ministro Maurício Correa, Pleno, DJ 05.03.97 que, por votação unânime, interpretando o disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública na defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido foi decidido pela 2ª Turma do STF:

A essencialidade do direito a saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.



(STF - AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min Celso Melo, j. 12.09.2000 - RT 786/201-216)

Além disso, a legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais indisponíveis tem amparo no posicionamento do Pleno do Supremo tribunal Federal no RE nº 248.869-1-SP.

### **3. DA NEGATIVA DA VIGÊNCIA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Entendimento diverso do Supremo Tribunal Federal que não reconhecesse a legitimidade e interesse do Ministério Público demonstra negativa de vigência aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 2º, 127, 129, II, III, 196 e 197, da Constituição da República.

#### **3.1 LEGITIMIDADE PARA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL DE USUÁRIO DO SUS**

A defesa dos interesses individuais indisponíveis - quer como autor, quer na condição de fiscal da lei - é atribuição tradicional do Ministério Público.

A própria Constituição Federal tem previsão expressa nesse sentido no art. 127:

O ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Além disso, o art. 129, II, apregoa que compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".

Como se não bastasse, o art. 197 da Constituição Federal de 1988 dispõe que "são de relevância pública as ações e serviços de saúde", essa conceituação teve como móvel possibilitar a atuação do Ministério Público frente aos Poderes Públicos em prol da sociedade.

A saúde pública, direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), é bem indisponível protegido por lei contra a vontade do seu titular.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 75/93 em seu art. 6º, VII, "c" que regula o estatuto do Ministério Público da União, aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, diz competir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para proteção de interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidade indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias e ao consumidor".

Logo a defesa abrange interesses difusos, coletivos e individuais em razão de sua indisponibilidade. Restando clarividente a legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais indisponíveis e conta com amparo do posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE nº 248.869-1-SP).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de admitir a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos até mesmo nas hipóteses nas quais a indisponibilidade não se verifica, desde que presente o interesse social na defesa coletiva desses direitos. Citem-se os seguintes precedentes:

a) ressarcimento de resíduo inflacionário em contrato de financiamento imobiliário (REsp 182.556- RJ, 4º Turma, Rel. Min César Asfor Rocha, DJ 20.05.2002);

b) discussão de cláusulas de contratos bancários de adesão (REsp 175.645-RS, 4º Turma, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJ 30.04.2001);

c) ressarcimento de taxa imobiliária nos contratos de locação (Emb. Div. REsp 114.908-SP, Rel. Min Eliana Calmon, Corte Superior, DJ 20.05.2002);

d) reajuste de mensalidade de plano de saúde (REsp 177.965-PR, 4ª Turma, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.05.1999, DJ de 23.08.1999, p.130);

e) reparação civil aos trabalhadores submetidos a condições insalubres de trabalho (REsp 58.682- MG, Rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16.12.1996);

f) direito ao salário mínimo dos servidores municipais (REsp 95.347-SE, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.02.1999);

g) interesses coletivos de comunidade de pais e alunos (REsp 168.881-DF, 4ª Turma, Rel. Barros Monteiro, j. 21.05.1998 e REsp 94.810-MG, 4ª Turma, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.1997);

h) reajuste de mensalidades escolares (REsp 89.646-PR, 4ª Turma, Rel. Min Sálvio Figueiredo Teixeira, j 10.12.1996;

i) direitos dos assinantes de televisão por assinatura (REsp 308.486-MG, 3ª Turma, Rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.09.2002);

j) atualização de benefícios previdenciários (AGRAGA 422.659-RS, 5ª Turma, Rel Gilson Dipp, Dj 05.08.2002);

l) reintegração de agentes sanitários (REsp 177.883-PE, 6ª Turma, Rel. Min Vicente Leal, DJ 1º.04.2002);

m) aplicadores dos títulos de capitalização lesados pela atuação irregular da sociedade de capitalização (REsp 311.492-SP, 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrighi, DJ 06.05.2002)

n) legalidade de cláusulas de contrato de plano de saúde (REsp 208.068-SC, 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrighi, DJ 08.04.2002);

o) anulação de cobrança de contrato bancário de financiamento imobiliário (REsp 416.298-SP, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 07.10.2002).

O zelo pelos direitos assegurados na Constituição da República é função institucional do Ministério Público (art. 129, II, da CF) e essa função é disposta no art. 5º, inciso V da Lei Complementar nº 75/93:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação.

A nossa Carta Magna atribui ao Ministério Público legitimação para ajuizamento da ação civil pública para a defesa, em Juízo, dos interesses difusos e coletivos nos termos do arts. 127, caput, 129, III, bem como a Lei nº 8.625/93, em seu art. 25, inciso IV, alínea "a".

No mesmo sentido a jurisprudência pátria apregoa:

[...]

I - O Ministério Público do Distrito Federal, ao propor ação civil pública, atua conforme sua vocação (CF, art. 127) na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como é o caso da proteção da saúde pública (CF, art. 197, e LODF, art. 207, XXIV), afetada pela falta crônica de medicamentos destinados à população. (TJDF - AgRg no AI 20020020070412AGI, 3ª Turma Cível, Relator Des. Wellington Medeiros, DJU 11.12.2002)

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art.197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (STF - AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min Celso Melo, j. 12.09.2000 - RT 786/210-216).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em 15 de agosto de 2018, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 262 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença".

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS  
- LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA  
ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a  
legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil  
pública com objetivo de compelir entes federados a  
entregar medicamentos a pessoas necessitadas.**

#### Decisão

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Ministro Marco Aurélio Relator.

#### Tema

262 - Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças.

### **CONCLUSÃO**

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é de que o atendimento médico às pessoas destituídas de recursos financeiros é dever constitucional do Poder Público (art. 196 c/c art. 5º, caput, da Constituição Federal), uma vez que o direito a saúde constitui consequência indissociável do direito à vida, ambos garantidos pela Carta Magna, admitindo a auto-aplicabilidade do dispositivo em comento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista de direito do estado, n. 16, out./dez. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Diário Oficial de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [www.mec.gov.br/legis/default.shtm](http://www.mec.gov.br/legis/default.shtm). Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

## **GARIMPEIRO - ENQUADRAMENTO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

**CARLOS ALEXANDRE DE CASTRO MENDONÇA:**

Procurador Federal e Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas na UDF.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a evolução do tratamento jurídico conferido ao garimpeiro no período pós Constituição de 1988, especialmente sob a ótica previdenciária. O estudo parte de seu enquadramento inicial como segurado especial e sua transformação em contribuinte individual, os reflexos em sua escala contributiva e a possibilidade de sua jubilação antecipada, no caso da aposentadoria por idade.

**PALAVRAS-CHAVE:** garimpeiro. Enquadramento. Segurado Especial. Aposentadoria. Redução de 5 anos.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to analyze the evolution of the juridical treatment granted to the miner in the period after the Constitution of 1988, especially under the social security perspective. The study starts from its initial setting as a special insured and its transformation into an individual contributor, the reflexes on its contributory scale and the possibility of its early retirement in the case of retirement by age.

**KEY WORDS:** Miner. Framework. Special Insured. Retirement. Reduction of 5 years.

---

### **I – O Garimpeiro**

Atualmente, a definição de garimpeiro encontra-se na Lei 11.685/08 como sendo toda pessoa física de nacionalidade brasileira que, individualmente ou em forma associativa, atue diretamente no processo da extração de substâncias minerais garimpáveis. A referida atividade de extração de substância mineral pode ocorrer nas seguintes modalidades de trabalho: autônomo, em regime de

economia familiar, individual, com formação de relação de emprego, mediante contrato de parceria, por instrumento particular registrado em cartório, e em cooperativa ou outra forma de associativismo[1].

## II – Enquadramento do Garimpeiro na Constituição de 1988

Antes, porém, com o advento da Constituição de 1988, o garimpeiro recebia o mesmo tratamento concedido aos segurados especiais, no que tange ao aspecto contributivo, pois a redação original do parágrafo oitavo do artigo 195 do Texto Magno preconizava que “o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o **garimpeiro** e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei”.

Naquela época, o garimpeiro era equiparado ao segurado especial em direitos e obrigações, conforme se depreende da redação original do inciso VII do artigo 11 da Lei 8.213/91:

“Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o **garimpeiro**, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo”.

## III – Contribuição do Garimpeiro

Nessa perspectiva, o garimpeiro deveria recolher sua contribuição previdenciária sobre a receita da comercialização da sua produção, no percentual previsto na redação original do artigo 25 da Lei 8.212/91:



Art. 25. Contribui com 3% (três por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção o segurado especial referido no inciso VII do art. 12.

§ 2º **Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal, vegetal ou mineral**, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos. (grifei)

Infere-se da formatação original que o garimpeiro deveria contribuir com 3% da receita da comercialização de sua produção. Caso sua atividade fosse voltada para o garimpo de ouro, como de costume, não haveria tratamento diferenciado. Todavia, neste caso, criou-se um embaraço constitucional proveniente da redação do artigo 153, parágrafo 5º:

Art. 153, § 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, **sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo**, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos.

Infere-se do normativo supramencionado que a *mens legis* do dispositivo recaía na exclusividade da incidência do IOF – Imposto sobre Operações Financeiras (operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários) na comercialização do ouro. Nessa linha de intelecção, percebe-se que o texto constitucional determina a exclusividade da incidência do

IOF na receita da comercialização do ouro pelo garimpeiro, o que, aparentemente, entrava em conflito com a incidência da contribuição previdenciária sobre a mesma base de cálculo. A dupla tributação trouxe duas consequências:

- a) encarecimento do vil metal; e
- b) surgimento de um mercado paralelo de comercialização.
- c)

#### **IV – O Novo Enquadramento do Garimpeiro**

Diante do cenário descortinado, a Lei 8.398/92 retirou o garimpeiro do enquadramento de segurado especial, transmudando-o para o de contribuinte individual. Segundo a nova roupagem, a alínea “a” do inciso V do artigo 12 da Lei 8.212/91 passou a considerá-lo Contribuinte Individual:

Art. 12, V:

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora a atividade agropecuária, pesqueira ou de extração mineral - garimpeiro - em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua.

É de se destacar que o poder executivo<sup>[2]</sup>, em sua exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei 8.398/92, justificou a indigitada alteração nos seguintes termos:

Na oportunidade, julgo importante ressaltar que a Lei nº 8.212, de 24.07.91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, ao definir o garimpeiro de ouro como segurado especial, determinando o recolhimento de sua contribuição de 3% (três por cento) da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, pela instituição adquirente do ouro, afetou, ainda que de forma indireta, a neutralidade da tributação sobre o ouro definido na legislação como ativo financeiro ou instrumento cambial, com reflexos negativos na formação do preço do referido

metal no mercado interno, ao induzir ao desvio do ouro para os mercados não institucionalizados, podendo colocar em risco todo o trabalho desenvolvido com êxito ao longo dos últimos anos no sentido inverso.

Transformado em Contribuinte Individual, a contribuição deixou de incidir sobre a receita da comercialização da produção para recair sobre o salário de contribuição, no percentual de 20% (vinte por cento)[3].

Posteriormente, os normativos internos do INSS refletiram a alteração, destacando que o garimpeiro já não poderia exercer sua atividade em regime de economia familiar após a Lei 8.398/92, impedindo, assim, a obtenção de aposentadoria por idade com antecipação de cinco anos. Nesse diapasão, o parágrafo único do artigo 100 da IN 77/2015 confirmou a impossibilidade do tratamento similar ao do segurado especial após a mudança de enquadramento:

Art. 100. A comprovação do exercício de atividade de garimpeiro far-se-á por:

I - Certificado de Matrícula expedido pela Receita Federal para períodos anteriores a fevereiro de 1990;

II - Certificado de Matrícula expedido pelos órgãos estaduais competentes para os períodos posteriores ao referido no inciso I deste artigo; e

III - Certificado de Permissão de Lavra Garimpeira, emitido pelo Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM ou declaração emitida pelo sindicato que represente a categoria, para o período de 1º de fevereiro de 1990 a 31 de março de 1993, véspera da publicação do Decreto nº 789, de 31 de março de 1993.

**Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, observar-se-á que a partir de 8 de janeiro de 1992, data da publicação da Lei nº 8.398, de 7 de janeiro de 1992, o garimpeiro passou à categoria de equiparado a**

**autônomo, atual contribuinte individual, com ou sem auxílio de empregados.**

As alterações retro mencionadas reverberaram na jurisprudência, que manteve o novel entendimento legal:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. GARIMPEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

A legislação previdenciária pertinente a concessão de aposentadoria por idade ao trabalhador rural é clara ao dispor que a sua concessão fica condicionada à comprovação do exercício de atividade rural, mediante início de prova material e testemunhal formando um conjunto harmônico capaz de convencer da efetiva atividade rural do requerente, entendimento este que tem sido reiteradamente adotado nesta Corte.

Inexistência de início razoável de prova material de trabalho rural. Prova material, outrossim, de trabalho como garimpeiro.

**O garimpeiro, anteriormente considerado segurado especial, após a edição da EC nº 20/98 e da nova redação dada ao art. 195, § 8º, da CF/88, bem como das alterações procedidas nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, pelas Leis nº 8.398/92 e 9.528/97, encontra-se enquadrado na situação de contribuinte individual.**

**Tendo o autor completado a idade mínima exigida somente em 30.05.2000, não há direito adquirido à aposentadoria como garimpeiro, porquanto já vigente a Emenda Constitucional nº 020/98 e as Leis 8.398/92 e 9.528/97 que excluíram essa profissão do rol de segurados especiais previstos no artigo 11, VII, da Lei nº 8.213/91. No presente caso, além de inexistir início**

**razoável de prova material para aposentadoria como rurícola, também não há direito adquirido à aposentadoria como garimpeiro.** Apelação provida. (AC 2006.01.99.032570-0/MT, Rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento, Segunda Turma,e-DJF1 p.124 de 10/07/2008)".

## **V – A Aposentadoria por Idade do Garimpeiro**

Enquanto o garimpeiro figurou ao lado do segurado especial no inciso VII do artigo 11 da Lei 8.213/91 (até o advento da Lei 8.398/99), a aposentadoria por idade poderia ser concedida com antecipação de 5 anos, conforme dessume-se da redação original do artigo 48 da Lei 8.213/91:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou 60 (sessenta), se mulher, reduzidos esses limites para 60 e 55 anos de idade para os trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I e nos incisos IV e VII do art. 11.

Assim sendo, havia uma sintonia entre o texto constitucional (recolhimento sobre a receita da comercialização da produção) e a legislação infraconstitucional (aposentadoria por idade com antecipação de 5 anos), pois o tratamento contributivo correspondia à benesse protetiva concedida aos segurados especiais, especialmente a prevista no artigo 39 da Lei 8.213/91:

Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do

benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido. (redação original)

Não obstante a Lei 8.398/92 ter enquadrado o garimpeiro como contribuinte individual, hipótese cuja contribuição previdenciária incide sobre o salário de contribuição, somente com a Emenda 20/98 é que esse segurado deixou de figurar ao lado do segurado especial no parágrafo oitavo do artigo 195. Em breve resumo, o garimpeiro recolhia a contribuição sobre o salário de contribuição desde 1992, mas a Constituição determinava o recolhimento sobre a receita da comercialização da produção (venda do ouro), situação que foi alterada apenas em 1998, com a citada Emenda Constitucional 20.

Curiosamente, a mesma emenda reduziu em 5 anos o requisito para a aposentadoria por idade do garimpeiro que exercesse sua atividade em regime de economia familiar, o que representa uma contradição, pois este regime não se coaduna com as características dos segurados contribuintes individuais:

Art. 201, § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, **reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.** (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Sendo assim, como o garimpeiro poderia se aposentar com a benevolente redução de 5 anos, se o regime de economia familiar é inerente ao segurado especial? Condição que o garimpeiro abandonou em 1992.

Dando continuidade ao paradoxo, a lei 9.876/99, que dentre outros assuntos regulamentou a redução de 5 anos, não incluiu a novidade constitucional na Lei 8.213/91, pois excluiu o garimpeiro da apontada benesse constitucional:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

**§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11". (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)**

Neste passo, temos que a Constituição prevê a redução de 5 anos para o garimpeiro, mas a lei não contempla a determinação constitucional. Imergindo nos elementos normativos infralegais, o Decreto 3.048/99, aparentemente, concedeu ao garimpeiro a regra de aposentadoria por idade precoce, mesmo com a regulamentação contrária da lei 9.876/99:

<b>Decreto 3.048/99</b>	<b>Decreto 3.048/99</b>
Art. 51. A aposentadoria por idade, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, ou sessenta, se	Art. 51. A aposentadoria por idade, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, ou sessenta, se

<p>mulher, reduzidos esses limites para sessenta e cinqüenta e cinco anos de idade para os trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea "a" dos incisos I e IV e nos incisos VI e VII do caput do art. 9º, <b>bem como para os segurados garimpeiros que trabalhem, comprovadamente, em regime de economia familiar</b>, conforme definido no § 5º do art. 9º. (Redação Original)</p>	<p>mulher, reduzidos esses limites para sessenta e cinqüenta e cinco anos de idade para os trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "j" do inciso V e nos incisos VI e VII do caput do art. 9º, <b>bem como para os segurados garimpeiros que trabalhem, comprovadamente, em regime de economia familiar, conforme definido no § 5º do art. 9º. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)</b></p>
---	--

O imbróglio foi definitivamente resolvido na IN 77/2015[4], tendo em vista que o parágrafo terceiro do artigo 230 esclareceu que a redução de 5 anos na aposentadoria por idade somente seria possível para o garimpeiro que comprovasse o exercício da atividade até o advento da já mencionada Lei 8.398/92:

Art. 230. A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "g" do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11, todos da Lei nº 8.213, de 1991, será devida para o segurado que, cumprida a carência exigida, completar sessenta anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher.

**§ 3º O disposto no caput se aplica aos que comprovadamente trabalharam na condição de garimpeiros em regime de economia familiar até 8 de**



**janeiro de 1992, se apresentarem a documentação elencada no art. 100.**

## **VI – Conclusão**

Ante os elementos normativos analisados no presente artigo, conclui-se que o garimpeiro, desde 8 de janeiro de 1992, não pode ser contemplado com a aposentadoria por idade com idade reduzida.

Nesse cenário, há uma tentativa no âmbito do Congresso Nacional de resgatar o tratamento inicial conferido pela Constituição. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional 405/2009, de autoria do Deputado Cleber Verde PRB/MA, que pretende alterar a redação do parágrafo oitavo do artigo 195 da CRFB/88 para incluir o garimpeiro na regra de recolhimento da contribuição sobre a receita da comercialização da produção, com percentual de 1,2% (um vírgula dois por cento). Se a proposta for aprovada, retornaremos à situação inaugurada com a Constituição Cidadã, ou seja, a efetiva possibilidade de aposentadoria do garimpeiro por idade aos 60 anos para o homem e 55 anos para a mulher, hipótese inexistente atualmente.

NOTAS:

[1] LEI Nº 11.685, DE 2 DE JUNHO DE 2008: Institui o Estatuto do Garimpeiro e dá outras providências.

[2] Exposição de Motivos da Lei 8.398 apud Cobertura Previdenciária dos Garimpeiros, Verônica Rocha, Consultoria Legislativa do Senado.

[3] Lei 8.213/91: Art. 21. A alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo será de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição.

[4] INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015 - DOU DE 22/01/2015: Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.



## **A DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

**RAYANNA SILVA CARVALHO:** graduação em TECNOLOGIA EM GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS pelo IFPI (2009) e em DIREITO pela UESPI (2011). Atualmente é ADVOGADO da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

**Resumo:** Este artigo propõe uma breve análise acerca da alteração do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade de demonstração da inexistência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica para decretação da desconsideração da personalidade jurídica. Inicialmente, aborda o conceito e bases históricas do surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, em seguida, analisa a evolução do entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito da insolvência ser ou não pressuposto para a aplicação do instituto, concluindo pela sua desnecessidade, diante do atual cenário jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Desconsideração. Personalidade Jurídica. Insolvência.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Da desnecessidade de comprovação de inexistência de bens do devedor para desconsideração da personalidade jurídica. 4. Conclusão. Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

No Direito Empresarial vigora o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, também conhecido como personalização da sociedade empresária, segundo o qual os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações desta.

Contudo, ao longo da história demonstrou-se que esta proteção poderia ser deturpada, dando margem à realização de fraudes contra credores, por meio

da utilização da personalidade jurídica para beneficia-se da separação patrimonial como um verdadeiro escudo protetor contra os ataques ao patrimônio pessoal dos sócios.

Assim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado, visando evitar o mau uso da pessoa jurídica.

Com efeito, esta teoria inspirou importantes normas de direito material (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 18 da Lei 8.884/1994, art. 4, da Lei 9.605/1998, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do Código Civil/02) e, mais recentemente, o Código de Processo Civil - CPC de 2015 passou a tratar das questões processuais atinentes à matéria.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, no julgamento do REsp 347.524/SP no sentido de que "a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal".

Desse modo, somente se obedecidos os pressupostos legais para a incidência deste instituto é que poderá haver a sua declaração pelo juiz. Seguindo este raciocínio, indaga-se sobre a possibilidade de se estabelecer outros requisitos para a declaração, não previstos em lei, como a comprovação de inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica.

Para tal análise, o presente artigo analisa as teorias e a jurisprudência sobre o tema, para definir se a demonstração da inexistência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica é condição para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, no cenário atual.

## **2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A desconsideração da personalidade jurídica consiste no afastamento da autonomia patrimonial existente entre sociedade e sócios, em virtude do uso ilegítimo da personalidade jurídica, com o intuito de possibilitar o adimplemento de dívidas assumidas pela sociedade.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) foi criada pela jurisprudência inglesa em 1897, em razão do famoso caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*

Segundo TEIXEIRA (2018),

*No caso em referência, a sentença de 1.º grau entendeu pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da Salomon & Co. Ltd., após reconhecer que Mr. Salomon tinha, na verdade, o total controle societário sobre a sociedade, não se justificando a separação patrimonial entre ele e a pessoa jurídica. Essa decisão é considerada, pois, a grande precursora da teoria da desconsideração, não obstante tenha sido posteriormente reformada pela Casa dos Lords, a qual entendeu pela impossibilidade de desconsideração, fazendo prevalecer a separação entre os patrimônios de Mr. Salomon e de sua sociedade e, conseqüentemente, a sua irresponsabilidade pessoal pelas dívidas sociais.*

Para RAMOS (2014), tal julgamento consagra a

*possibilidade de afastamento dos efeitos da personalização da sociedade – autonomia e separação patrimonial – nos casos em que a personalidade jurídica fosse utilizada de forma abusiva, em prejuízo aos interesses dos credores*

No Brasil, esta teoria difundiu-se a partir da segunda metade do século passado, por meio dos ensinamentos de Rubens Requião, que a introduziu no encerramento de uma conferência realizada em 1969, defendendo a sua aplicação, a despeito da ausência de previsão legislativa.

Apenas em 1990 houve a sua regulamentação legal no direito pátrio, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o qual, em seu art. 28, previu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor.

A partir daí outras normas também abarcaram tal instituto, tais como: art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 18 da Lei 8.884/1994, art. 4, da Lei 9.605/1998, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 34, da Lei n. 12.529/2011 e art. 50, do Código Civil.

A doutrina possui o entendimento de que o art. 50 do Código Civil é aplicável aos casos que envolvem relações jurídicas cíveis e empresariais, sendo as relações específicas a outras áreas do Direito reguladas pela legislação própria. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 51 do Conselho da Justiça Federal: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

Dispõe o artigo 50 do Código Civil Brasileiro:

*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

Portanto, nos termos da referida legislação, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso da personalidade jurídica, que pode ocorrer em duas hipóteses: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

A primeira circunstância, desvio de finalidade, é a utilização da sociedade de forma abusiva, por meio de atitudes fraudulentas, como para a frustração de credores.

Nas palavras de NERY JUNIOR e NERY (2008), o desvio de finalidade é a

*constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços*

*de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica*

Já a confusão patrimonial diz respeito à não separação do patrimônio da sociedade com o do(s) sócio(s).

A adoção destes critérios consagra a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual só é possível reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica quando restar configurado que os sócios agiram com fraude ou abuso, ou que houve confusão patrimonial entre os bens destes e os bens da pessoa jurídica, não bastando que a pessoa jurídica esteja impossibilitada financeiramente de cumprir com suas obrigações perante seus credores para que a desconsideração seja aplicada.

Já pela teoria menor, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, o simples prejuízo do credor possibilita afastar a autonomia patrimonial (independentemente de fraude ou abuso).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, quaisquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Tal entendimento encontra-se, por exemplo, no julgamento do AgInt no AREsp 1006296/SP, que possui a seguinte ementa:

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS.*

*DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. FUNDAMENTOS QUE, POR SI SÓS, SÃO INSUFICIENTES À APLICAÇÃO DA MEDIDA. ILEGITIMIDADE DO SÓCIO PARA FIGURAR COMO PARTE PASSIVA NA EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 485, VI, DO CPC/2015. MANUTENÇÃO DA DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ AFASTADA. 2. INTENÇÃO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 435 DO STJ. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*

**1. A jurisprudência mais recente desta Casa assevera que 'a mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica' (AgRg no AREsp 347.476/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/5/2016, Dje 17/5/2016). Decisão monocrática proferida em consonância com o entendimento supra, não sendo o caso de aplicação da Súmula 7/STJ ao apelo nobre, pois a controvérsia dos autos demanda apenas a reavaliação jurídica dos fatos delineados no aresto impugnado. 2. A aplicação do disposto na Súmula 435 do STJ limita-se aos casos relativos à execução fiscal. 3. Agravo interno desprovido.**

*Grifei.*

Desse modo, a demonstração da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica é insuficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, sendo obrigatória a demonstração de abuso da personalidade jurídica.

### **3. DA DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE BENS DO DEVEDOR PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A partir do entendimento de que a insolvência não é suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, questiona-se se a sua decretação pode ser realizada ainda que não demonstrada a insuficiência de bens do devedor, isto é, se esta pode ser uma condição para a desconsideração.



Como já visto, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, a ser decretada somente quando preenchidos os seus pressupostos.

Em razão de tal entendimento restritivo, a jurisprudência pátria apresentava o entendimento de que a insolvência era requisito para aplicação da desconsideração. Este era o entendimento do STJ, conforme se percebe no acórdão proferido no Resp 1141447/SP:

*DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1) DISTINÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE NATUREZA SOCIETÁRIA. 2) REQUISITO OBJETIVO E REQUISITO SUBJETIVO. 3) ALEGAÇÃO DE DESPREZO DO ELEMENTO SUBJETIVO AFASTADA.*

*I – Conceitua-se a desconsideração da pessoa jurídica como instituto pelo qual se ignora a existência da pessoa jurídica para responsabilizar seus integrantes pelas onsequências de relações jurídicas que a envolvam, distinguindo-se a sua natureza da responsabilidade contratual societária do sócio da empresa.*

*II – O artigo 50 do Código Civil de 2002 exige dois requisitos, com ênfase para o primeiro, objetivo, consistente na inexistência de bens no ativo patrimonial da empresa suficientes à satisfação do débito e o segundo, subjetivo, evidenciado na colocação dos bens suscetíveis à execução no patrimônio particular do sócio – no caso, sócio-gerente controlador das atividades da empresa devedora.*

*III – Acórdão cuja fundamentação satisfaz aos dois requisitos exigidos, resistindo aos argumentos do Recurso Especial que alega violação ao artigo 50 do Código Civil de 2002.*

*IV – Recurso Especial improvido.*

*Grifo nosso.*

Contudo, mais recentemente o Tribunal alterou este entendimento, no julgamento do Resp nº 1729554/SP, que possui a seguinte ementa:

*RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos. 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. 6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da*

*personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. 7. **A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.** 8. Recurso especial provido.*

*Grifei.*

Em seu voto o Ministro Relator destacou que “a inexistência de bens do devedor não pode ser condição para a instauração do procedimento que objetiva aquela decretação”, podendo a desconsideração da personalidade jurídica ser decretada ainda que não configurada a insolvência, quando verificado o abuso de personalidade.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 281, do Conselho da Justiça Federal, elaborado na IV Jornada de Direito Civil: “A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.”

Este também é o entendimento de TARTUCE (2017)

*Primeiramente, dispõe o Enunciado n. 281 do CJF/STJ que a aplicação da desconsideração, descrita no art. 50 do CC, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida. O enunciado está perfeitamente correto, pois os parâmetros previstos no art. 50 do CC são a confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Todavia, a insolvência ou a falência podem servir de parâmetros de reforço para a desconsideração”.*

Desse modo, atualmente prevalece o entendimento de que a demonstração da inexistência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica não é condição para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

#### **4. CONCLUSÃO**

A desconsideração da personalidade jurídica constitui importante mecanismo de combate à fraude e recuperação de crédito, com vistas à preservação do princípio da autonomia patrimonial, que vinha sendo deturpado por seu mau uso.

Contudo, sua utilização é medida excepcional que somente está autorizada quando configurados os pressupostos legais previstos na legislação de direito material específica.

No âmbito civil e empresarial, o artigo 50 do Código Civil prevê que, para a desconsideração da personalidade jurídica é necessária a demonstração do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Contudo, delineou-se na jurisprudência pátria o entendimento que, além da comprovação deste requisito, seria necessária, ainda, a demonstração da insolvência da pessoa jurídica, como requisito à decretação.

Este entendimento foi superado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.729.554 – SP, no ano de 2018, cujo entendimento foi que “a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.”

Entende-se assim que o atual entendimento jurisprudencial se revela mais acertado, ao observar estritamente o previsto na legislação, que se coaduna com as bases teóricas da criação do instituto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 51**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/750>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 281**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/243>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial: AgInt no AREsp 1006296/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68797400&num\\_registro=201602826188&data=20170224&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68797400&num_registro=201602826188&data=20170224&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1141447/SP. 3ª Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento em 08/02/2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10783853&num\\_registro=200901770395&data=20110405&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10783853&num_registro=200901770395&data=20110405&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 347.524/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 18/02/2003 [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=621700&num\\_registro=200101201519&data=20030519&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=621700&num_registro=200101201519&data=20030519&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 07 jan. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**: 6ª ed.

Editora Revista dos Tribunais: 2008, p. 249.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**: 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 189.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática: 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## **O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA: UM ESTUDO SOBRE O ASPECTO ESPACIAL, A REGRA-MATRIZ DA INCIDÊNCIA E AS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO ESTABELECIDAS NO ART. 3º DA LC Nº 116/2003**

**RAIMUNDO FRANCISCO FILHO:** É professor, graduado em Letras pela UPE – Universidade de Pernambuco, graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE, pós-graduado em Práticas de Ensino em Língua Portuguesa pela UPE e em Direito Tributário pela UNAMA – Universidade da Amazônia, Auditor Fiscal do município de Juazeiro-BA, ex-secretário da Fazenda do Município, ex-Diretor Presidente do Instituto de Previdência do Município e ex-membro do Comitê Gestor do Simples Nacional, indicado pela CNM – Confederação dos Municípios.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre o aspecto espacial das hipóteses de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN, especificamente sobre o local da incidência do imposto, quando o serviço é prestado fora do local do estabelecimento prestador e o seu enquadramento na lista de serviços instituída pela Lei Complementar nº 116/2003 não está nas exceções elencadas no artigo 3º do referido diploma legal, bem como sobre o local da incidência tributária, quando a prestação do serviço tem início em um município e termina em outro. Busca-se o entendimento jurisprudencial do STJ e doutrinário acerca do tema.

**Palavras-chave:** Imposto sobre serviços, local da incidência, jurisprudência, doutrina.

**Sumário:** 1. **Introdução;** 2. Breve histórico do ISSQN e o aspecto espacial das hipóteses de incidência; 3. Entendimento doutrinário acerca do aspecto espacial das hipóteses de incidência do ISSQN; 4. Entendimento jurisprudencial do STJ acerca do aspecto espacial das hipóteses de incidência do ISSQN; 5. Vedação ao poder judiciário de legislar positivamente; 6. As dificuldades decorrentes da exegese do STJ; 7. Considerações; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste estudo buscamos identificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do local da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN incidente sobre serviços prestados fora do local do estabelecimento do prestador, que não se enquadrem nas exceções elencadas no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, mais conhecido simplesmente como ISS – Impostos Sobre Serviços, foi criado pela Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que atribuiu aos municípios a competência para instituir e cobrar o ISSQN. Mas a norma constitucional, no seu artigo 15, estabelecia que lei complementar deveria estabelecer as normas gerais sobre o imposto. A regulamentação do ISSQN veio através da Lei nº 5.172 de 1966 – Código Tributário Nacional e do Decreto-Lei nº 406 de 1968.

Com o advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, o ISSQN passou a ter previsão no artigo 156, III, da Carta Magna, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 406 de 1968, até a publicação da Lei Complementar 116/2003, que definiu como regra-matriz da incidência do imposto **no** município do estabelecimento prestador, **e deixou como regra excepcional, a** da incidência do aludido tributo em razão do local onde se realiza a prestação de serviços. A Lei Complementar estabeleceu um número fechado de 23 hipóteses em que o imposto é devido no local da prestação do serviço, restando ainda sem definição os casos em que a prestação do serviço se inicia em município e termina em outro, bem como as situações em que os serviços tanto podem ser executados na sede do estabelecimento como em local diverso, a exemplo de consultoria, cursos e treinamentos, as quais não foram contempladas no diploma legal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por algum tempo foi, contrariando a previsão legal, no sentido de a incidência do imposto ocorrer no local onde o serviço se perfectibiliza e produz os seus efeitos. Todavia, a partir de 2010, esse entendimento foi mudando e se alinhando com o que estatui a Lei Complementar nº 116/2003.

A metodologia adotada para a realização do presente artigo, foi a pesquisa documental e qualitativa, com a revisão bibliográfica, de obras de



doutrinadores dedicados ao tema, bem como das decisões dos tribunais – acórdãos -, nos julgamentos das demandas por eles apreciadas, e tomamos como ponto de partida os estudos publicados e as decisões proferidas a partir do ano de 2003.

Destarte, o objeto deste estudo é o aspecto espacial da incidência do ISSQN e tem como finalidade encontrar a melhor exegese e firmar um entendimento sustentável acerca do local da incidência do imposto sobre serviços prestados fora do local do estabelecimento do prestador, que não estejam nas exceções elencadas no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003.

## **2. BREVE HISTÓRICO DO ISSQN E O ASPECTO ESPACIAL DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA.**

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, mais conhecido como ISS - Impostos Sobre Serviços, foi criado na Reforma Tributária de 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que atribuiu aos municípios a competência para instituir e cobrar o ISSQN. Imposto esse que veio suceder o imposto de indústrias e profissões, de competência dos Municípios, vigente até então.

A Emenda Constitucional estabeleceu no seu artigo 15, *ipsis litteris*:

*Art. 15. Compete aos Municípios o impôsto sôbre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados.*

*Parágrafo único. Lei complementar estabelecerá critérios para distinguir as atividades a que se refere êste artigo das previstas no art. 12.*

O artigo 12, por sua vez, tratava do imposto sobre operações relativas à circulação de **mercadorias**.

**Como** se depreende da leitura do parágrafo único do supracitado artigo 15, o recém-criado imposto não seria de imediato exigido, uma vez que a lei

estabeleceu que lei complementar deveria estabelecer as normas gerais sobre o imposto.

A regulamentação do ISSQN veio então através da Lei nº 5.172 de 1966 – Código Tributário Nacional, que possibilitou aos municípios a implantação do novo imposto. Mas essa lei não estabeleceu todos os elementos necessários para a constituição do imposto. Tal insuficiência veio a ser sanada com o Decreto-Lei nº 406 de 1968, que estabeleceu os elementos constitutivos do imposto, tais como fato gerado, hipóteses de incidência, base de cálculo, alíquota, local da incidência, instituindo, inclusive, a lista de serviços.

A partir de então, restou aos municípios ainda a incumbência de instituir o ISSQN através de lei ordinária própria, podendo selecionar todos ou parte dos serviços presentes na lista de serviços, com as respectivas alíquotas, instituída inicialmente pelo Decreto-Lei nº 406/68 e posteriormente pela Lei Complementar nº 116/2003. Vedada, porém, a tributação sobre serviços que não se encontrem na referida lista, uma vez que tal enumeração é taxativa, conforme nos ensina o professor Eduardo Sabbag (2015, p. 1101).

O Decreto-Lei nº 406 de 1968, bem como a Lei nº 5.172/66 foram recepcionados pela Constituição com o *status* de Lei Complementar, visto que estabeleceram normas gerais sobre os impostos.

Sob a vigência do Decreto-Lei nº 406 de 1968, o ISSQN era devido no local do estabelecimento prestador, com apenas duas exceções, dos serviços de construção civil, que era devido no local da execução da obra, e de exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, conforme estatua o artigo 12 do Decreto, *in verbis*:

Art. 12 . Considera-se local da prestação do serviço:

- a) do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação;
- c) No caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista em Anexo, o município cujo território haja parcela de estrada explorada.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o ISSQN passou a ter previsão no artigo 156, III, da Carta Magna, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 406 de 1968, até a publicação da Lei Complementar 116/2003, que definiu no artigo 3º, como regra-matriz da incidência do imposto, o município do estabelecimento prestador, deixando como regra excepcional da incidência do aludido imposto, as hipóteses elencadas nos incisos I a XXV desse artigo, em razão do local onde se realiza a prestação de serviços. O texto original da LC 116/2003 trazia nas exceções do seu artigo 3º apenas os incisos I a XXII, mas recebeu o acréscimo de mais três incisos trazidos pela Lei Complementar 157, de 29 de dezembro de 2016. Contudo, restaram ainda indefinidos, os casos em que a prestação do serviço se inicia em município e termina em outro. Bem como as situações em que os serviços tanto podem ser executados na sede do estabelecimento como em local diverso, a exemplo de consultoria, cursos e treinamentos, que não estão nas exceções.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, com redação dada pela Lei Complementar nº 157 de 2016, estabelece que o serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local da prestação dos serviços. Ressaltando-se que desses incisos, o X e o XI, foram vetados, restando, portanto, 23 hipóteses.

Da leitura dos supracitados incisos, pode-se depreender que as hipóteses elencadas pela lei são obviedades ululantes, pois se referem a serviços em que é totalmente impossível a prestação de outro lugar que não aquele onde se concretizam. Ou seja, esses serviços só podem ser executados no local onde se concretizam e produzem seus efeitos. Impossível, portanto, a prestação da sede do estabelecimento prestador, se esse for diverso do local da execução.

Quanto à regra-matriz, em que o ISSQN é devido no local do estabelecimento prestador, pressupõe-se que tais serviços podem ser executados da sede do estabelecimento prestador, onde, portanto, é devido o imposto.

Mas o que vem a ser estabelecimento prestador? O mesmo diploma lega procura esclarecer no seu artigo 4º, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Aparentemente está tudo resolvido. Mas só aparentemente, pois nos deparamos, dentre outras, com uma questão bastante complexa, que envolve o princípio constitucional da territorialidade. Pode a lei municipal irradiar os seus efeitos em outro município? Trataremos deste tema nos capítulos concernentes aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial.

### **3. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ACERCA DO ASPECTO ESPACIAL DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO ISSQN**

O posicionamento do legislador pátrio, ao definir as regras acerca do aspecto espacial das hipóteses de incidência do ISSQN, na Lei Complementar 116/2003, tem sido objeto de críticas de parte da doutrina, a exemplo do tributarista Humberto Ávila, por entender que tal posicionamento viola a reserva constitucional, que delimita os aspectos da sua hipótese de incidência, notadamente o aspecto territorial. Uma vez que a Carte Magna determina que o imposto sobre a prestação de serviços é de competência dos municípios, evidentemente, daqueles cujos fatos geradores ocorrerem dentro dos seus territórios. Leciona o doutrinador:

Considerando que o fato gerador do imposto sobre serviços é a prestação do serviço, o município competente só poderá ser aquele em que o serviço for efetivamente prestado. (ÁVILA, 2003, p. 17)

Assim sendo, não poderia lei infraconstitucional mudar esse mandamento constitucional, como o fez a Lei Complementar 116/2003. Para o eminente tributarista Humberto Ávila, o município competente para exigir o imposto "só

poderá ser aquele em que o serviço for efetivamente prestado”, considerando que o fato gerador do imposto é a prestação do serviço.

Para o professor José Viana Ulisses Filho, crítico ferrenho do posicionamento do legislador pátrio infraconstitucional, por definir as regras acerca do aspecto espacial, da forma que o fez nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, o nosso legislador teve em mãos e perdeu a oportunidade histórica de corrigir o equivocado entendimento do artigo 12 do Decreto-Lei 406/69, de que o imposto é devido no local do estabelecimento ou domicílio do prestador do serviço. Para o eminente professor, seria a oportunidade de acabar de vez os conflitos de competência entre municípios, quanto ao local da incidência do ISSQN, situação que gera insegurança jurídica. Assevera o professor:

A conclusão inarredável a que chegamos é no sentido de que o artigo 3º da Lei Complementar nº 116/03 onde preconiza que o serviço se considera prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou do domicílio na ausência daquele, viola frontalmente os princípios do Federalismo, a partir do momento que desrespeita a autonomia dos municípios; da vigência territorial da lei, por transpor os limites geográficos de aplicação da lei tributária; e da estrita legalidade, na medida em que desrespeita o aspecto material da hipótese de incidência do ISS quando a Constituição prescreve que o imposto deverá se circunscrever na competência do município que o institui, devendo ser cobrado, por consequência, no local aonde é prestado o serviço, principalmente violando (...) o aspecto espacial da hipótese de incidência, quando cria a possibilidade do imposto ser exigido por município em cujo território o serviço não é prestado, submetendo o contribuinte a uma total situação de insegurança jurídica, o que é inadmissível quando o legislador teve em mãos a oportunidade histórica de corrigir

o equívoco, conforme registrado nas nossas considerações finais (ULISSES FILHO, 2009)

Esse é o posicionamento de uma corrente doutrinária, que neste trabalho a tratarei como primeira corrente. Porém, existe outra corrente doutrinária aqui denominada de segunda corrente, que entende não padecer de nenhum vício de inconstitucionalidade a Lei Complementar nº 116/2003, em face de uma suposta invasão territorial da lei municipal que venha irradiar os seus efeitos em outro município, com supedâneo no disposto no supracitado artigo 3ª da mencionada Lei Complementar, fundamentando tal entendimento no que dispõe o artigo 102 do Código Tributário nacional, que excepciona o princípio da territorialidade, *ipsis litteris*;

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

Importante ressaltar que essa possibilidade de extraterritorialidade não está prescrita na Constituição, mais sim em lei infraconstitucional, publicada anteriormente à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, recepcionada pela Carta Magna.

### **ISSQN devido no local da prestação do serviço**

Defendem a tese de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN é devido no local onde o serviço é efetivamente prestado, a primeira corrente doutrinária, composta pelos ilustres doutrinadores Roque Antonio Carrazza, José Eduardo Soares de Melo, Aires Fernandino Barreto, Marçal Justen Filho e José Viana Ulisses Filho, dentre outros.

Para Roque Antonio Carrazza, a Constituição Federal traçou a regra-matriz de todos os tributos. E essa regra vincula o Poder Legislativo e indica, dentre vários elementos, o aspecto espacial da hipótese de incidência. Ou seja, o critério espacial já está definido pela Carta Magna. E o sistema adotado pela Constituição no Brasil consiste em um critério territorial de repartição das competências, que estabelece

que a única lei tributária aplicável deve ser a do local em que o fato jurídico ocorreu. Portanto, o ISS só pode incidir sobre serviços prestados no município tributante (CARRAZZA, 2008).

O eminente professor Roque Antonio Carrazza defende a tese de que o imposto sobre serviços de qualquer natureza deve ser impositivo no local onde o serviço foi efetivamente prestado. Considerando-se que a Carta Magna, ao distribuir as competências tributárias dos entes da federação, determinou, não apenas o critério material do arquétipo do imposto sobre serviços de qualquer natureza, mas também determinou um critério territorial, cautela do legislador constituinte que afastaria quaisquer possíveis conflitos de competência entre os entes federativos.

É o que se depreender do trecho a seguir:

[...] É que os estados, os Municípios e o Distrito Federal têm competências impositivas materialmente concorrentes. Em razão disto, para evitar conflitos entre eles, nosso Estatuto Magno também adotou um critério territorial de repartição das competências impositivas.

Esta cautela do constituinte veio roborar os grandes postulados de nosso ordenamento jurídico. De fato, os princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital, conjugados com os referidos arts. 155 e 156 da Carta Suprema, afastam qualquer possibilidade de conflitos de competência impositiva entre os Estados entre si, os Municípios entre si, o Distrito Federal e os Estados (e vice-versa) e o Distrito Federal e os Municípios (e vice-versa). É pacífico que os Estados são juridicamente isônomos e os Municípios também, e se o Distrito Federal é tanto pessoa política quanto os Estados e Municípios, não devemos cogitar de distinções ou preferências tributárias em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra a outra (ou outras). (CARRAZZA, 2008, p. 635 - 636).

Segundo esse entendimento, o ISSQN deve ser exigido somente no local da efetiva prestação do serviço, sendo irrelevante, para efeito de definição do local onde é devido o imposto, a localização do estabelecimento prestador do serviço.

Tal entendimento roborava o posicionamento da corrente doutrinária que defende a tese de que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal só podem exigir impostos nos limites de seus territórios. Que a legislação de cada ente tributante só pode irradiar os seus efeitos no âmbito da pessoa política que a editou.

Aires Fernandino Barreto, assim como Roque Antonio Carrazza, defende a tese de que o ISS é devido no local onde o serviço é efetivamente prestado, mesmo ponderando a questão da distribuição da competência tributária pela Constituição Federal, assentada no princípio da territorialidade, ressaltando o ilustre doutrinador que a circunstância de maior relevância é a prestação do serviço, e não o local onde ocorreu o fato imponible. Destacando que os conflitos intermunicipais se dão em face da pretensão de mais de um município entender que são deles os fatos imponíveis, ou seja, que lhes pertence o ISSQN incidente sobre determinada prestação de serviço.

Assevera o doutrinador:

[...] Os conflitos intermunicipais são deflagrados em razão de peculiaridade do prestador ou da prestação de serviços. São conflitos entre lei de ISS do Município X e lei do ISS do Município Z (ou ainda, de diversos outros Municípios), em razão da pretensão de mais de um deles de entender como "seu", determinado fato imponible.

[...]

Efetivamente, se o aspecto espacial da hipótese de incidência é implicitamente extraível do Texto Constitucional e se o arquétipo é a prestação de serviço, aquele critério só pode ser reduzido ao local onde se efetua a prestação. (BARRETO, 2003, p. 59-61)



Para Aires Fernandino Barreto, conforme explicitado no seu entendimento, se o elemento ou aspecto principal no arquétipo constitucional é a prestação do serviço, o aspecto espacial só pode ser o local onde ocorre a prestação do serviço. Ele atribui os conflitos entre município à norma veiculada pelo artigo 12, do Decreto-Lei nº 406/68, uma vez que esse dispositivo, com o intuito de regular conflitos de competência, “parece ter criado regra esdrúxula de duvidosa apoio constitucional. Com isso, ao invés de eliminar conflitos, instaurou sua ampliação”.

José Eduardo Soares de Melo tachou de esdrúxula a ficção criada pelo legislador ao estabelecer a incidência tributária no local do estabelecimento prestador, defendendo o doutrinador, a tese da prevalência da incidência tributária no local onde o serviço é efetivamente prestado. E critica o fato de ter o legislador desprestigiado os postulados da legalidade e da tipicidade cerrada, não podendo uma ficção jurídica ser contrária aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal. E assevera:

É inaceitável utilizar a esdrúxula ficção, desprestigiando os postulados da legalidade e da tipicidade cerrada, devendo ser tomada com cautela qualquer previsão legal, como é o caso e equiparação de pessoa física à jurídica em razão da habitualidade na prática de determinados negócios.

Evidentemente, o artificialismo jurídico não pode arranhar, e comprometer, os princípios e normas insculpidos na Constituição, de forma a alterar os elementos estruturadores da norma tributária, muito menos invalidar o seu regime jurídico, e os diversos princípios esparramados ao longo de seu texto, muito menos implicar invasão de competência tributária. (MELO 2003, p. 219)

Resta evidente, portanto, o posicionamento crítico do doutrinador à sistemática adotada pelo legislador infraconstitucional.

### **ISSQN devido no local do estabelecimento prestador, salvo exceções**

Contrapondo o entendimento dos doutrinadores da primeira corrente doutrinária, há a segunda corrente, que defende a tese de que o ISS é devido no local do estabelecimento prestador, salvo as exceções previstas no artigo 3º da LC nº 116/03. Os principais defensores da tese da segunda corrente doutrinária são, Kiyoshi Harada, Ives Gandra da Silva Martins, Hugo de Brito Machado, Aliomar Baleeiro, Sílvia Helena Gomes Piva e Eduardo Sabbag, dentre outros.

No que concerne ao aspecto espacial da hipótese de incidência tributária do ISSQN, Kiyoshi Harada defende a tese da prevalência da incidência no local do estabelecimento prestador sobre o local onde efetivamente ocorre a prestação do serviço. Para ele, esse entendimento está consubstanciado na norma do Decreto-Lei nº 406/68, que mesmo em observância ao princípio da territorialidade, ante a clareza do artigo 102 do CTN, instituiu nas alíneas "a" e "b" hipóteses de exceção ao referido princípio. O citado artigo conferiu eficácia extraterritorial à legislação municipal apenas para dois serviços: construção civil e exploração de rodovia mediante cobrança de preço do usuário. Destarte, para este doutrinador, a norma que estabelece exceção ao princípio da territorialidade está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico, e não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, uma vez que, lei complementar preconiza a referida exceção ao princípio da territorialidade, cujo objetivo é dirimir conflitos de competência em matéria tributária. Portanto, o legislador apenas cumpriu o preceito constitucional estabelecido no artigo 146, inciso I da Carta Magna, que estabelece que "cabe a lei complementar dispor sobre conflito de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios". E assim prescreve:

...]

Ante a clareza dos textos do art. 102 do CTN e do art. 12 do Decreto-lei n.º 406/68, não há como atribuir relevância jurídica, de forma indiscriminada, ao local da efetiva prestação do serviço, apegando-se ao aspecto espacial do fato gerador do ISS, que deriva do princípio da territorialidade da legislação Municipal. Critério distinto daquele abraçado pelo Decreto-lei n.º 406/68 só poderia ser

fixado por outra lei complementar referida no artigo 146, inciso I, da Constituição Federal. A exceção do princípio da territorialidade é mantida pelo art. 3º da Lei Complementar n.º 116/03, com ressalva em relação aos 20 itens aí mencionados, todos eles pertinentes a serviços, cuja execução implica presença no local da prestação tal qual na construção civil. (HARADA 2008, p. 18 - 19)

Para Hugo de Brito Machado, a legislação tributária, em regra, vigora nos limites territoriais da pessoa jurídica de direito público legiferante, mas defende que, em conformidade com o que dispõe o artigo 102 do Código Tributário Nacional, a norma pode vigorar fora de seus limites territoriais, desde que essa extraterritorialidade esteja embasada em convênio ou por lei geral da União. Assevera o ilustre doutrinador que a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de o imposto ser devido no local da prestação do serviço, a pretexto de interpretar o artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/68, tratava-se, na verdade, de declaração implícita da inconstitucionalidade do dito artigo, bem como do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, que manteve a mesma regra, apenas ampliando o rol de exceções de 02 para 20, número que fora ampliado para 23 pela Lei Complementar nº 157/2016. Assim leciona o professor:

O STJ vinha entendendo que competente para a cobrança do ISS seria o Município em cujo território ocorre a prestação do serviço, sendo irrelevante o local em que se encontra o estabelecimento prestador. Com essa orientação jurisprudencial, a pretexto de interpretar o art. 12 do Decreto-lei 406/1968, vinha declarando implicitamente sua inconstitucionalidade. (MACHADO, 2015, p. 411)

O mestre destaca ainda, a importância da definição do estabelecimento prestador, e o define:

Para esse fim, considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que

configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante para caracterizá-lo as denominações – sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório, ou contato, ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas (Lei Complementar n.º 116/2003, art. 4º). (MACHADO, 2015, p. 412)

O professor Aliomar Baleeiro destaca que, historicamente, o antigo imposto de indústrias e profissões, tal qual o IVC, tinham como competência tributária o local onde fosse efetivamente prestado o serviço. Contudo, tal regra gerou diversos litígios, que com o advento do Decreto-lei n.º 406/68, tal problema fora simplificado, uma vez que, ao sentir do ilustre doutrinador, o município competente, no caso em comento, é o município do local onde está localizada a sede do estabelecimento, e, na ausência do estabelecimento, a competência é do local onde está situado o domicílio do contribuinte. (BALEEIRO, 1985, p. 305)

Sílvia Helena Gomes Piva também defende o entendimento da prevalência da incidência tributária no local do estabelecimento prestador, excepcionadas as hipóteses previstas no artigo 12 do Decreto-Lei 406/68 bem como no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003. Para ela, ainda que implicitamente a Constituição vincule o aspecto espacial do ISS ao local da prestação do serviço, o legislador infraconstitucional, na lei complementar tributária, elegeu outros critérios que permitem maior segurança na definição do local de incidência, visando diminuir os conflitos de competência – até porque não há vedação no texto maior para tal providência. Poderão ser eleitos como critério espacial do ISSQN: a) o estabelecimento prestador do serviço ou, de forma subsidiária, o domicílio deste; b) o estabelecimento do tomador do serviço; e c) o local da prestação (PIVA, 2012, p. 114).

E acrescenta a doutrinadora:

A lei complementar tributária, ao estabelecer normas gerais de direito tributário, não fere a autonomia dos municípios. Conquanto a competência outorgada pela Constituição tenha sido em prol deles, e não da União, ao

exercer sua função prevista na constituição, nem restringindo nem ampliando o poder de tributar dos municípios, apenas dirimindo conflitos, a lei complementar mantém e harmoniza a plena autonomia desses entes. (PIVA, 2012, p. 114).

Considerando-se que o nosso CTN – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, bem como o Decreto-Lei nº 406/68 foram recepcionados pela Constituição com o *status* de lei complementar, não há que se questionar a constitucionalidade do artigo 12 do supracitado decreto. Até porque a disposição do artigo 102 do CTN está firmemente espedada no que estabelece o artigo 146, I, da Constituição de 1988.

Em síntese, são duas correntes doutrinárias que defendem entendimentos diversos acerca do aspecto espacial da hipótese de incidência do ISSQN. A primeira corrente defende a tese de que o imposto é devido no local onde efetivamente ocorre a prestação do serviço, sustentando que há vício de inconstitucionalidade na lei tributária que não observe o princípio constitucional da territorialidade. Para esse entendimento, **a Carte Magna determina que o imposto sobre a prestação de serviços é de competência dos municípios, evidentemente, daquele cujos fatos geradores ocorrerem dentro do seu território. Já a segunda corrente doutrinária, defende a tese da prevalência da incidência tributária no local do estabelecimento prestador, ressalvadas as hipóteses estabelecidas no rol de exceções do artigo 12 do Decreto-Lei nº 4406/68, bem como do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003. Esta corrente doutrinária**, fundamenta o seu entendimento no que dispõe o artigo 102 do Código Tributário nacional, que excepciona o princípio da territorialidade. O referido artigo estabelece que “a legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”. Tal disposição legal encontra supedâneo no artigo 146, I, da Constituição de 1988, que prescreve que “cabe a lei complementar dispor sobre

conflito de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

Com todas as vênias à primeira corrente doutrinária, diante de toda a fundamentação do entendimento da segunda corrente, entendo ser este mais consistente, uma vez que refuta com segurança o principal argumento da primeira corrente, de que há vício de inconstitucionalidade na norma tributária municipal que irradia os seus efeitos em outros municípios, por violar o princípio constitucional da territorialidade. A segunda corrente doutrinária sustenta a sua tese fundamentando-a nos termos do artigo 146, I, da Constituição de 1988, bem como na previsão expressa do artigo 102 do CTN, Lei nº 5.172/66. Onde o artigo 102 do CTN diz que “a legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”, e o artigo 146, I, da Constituição, por sua vez, estabelece que “cabe a lei complementar dispor sobre conflito de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

Sabendo-se que o CTN e o Decreto-Lei nº 406/68 foram recepcionados pela Constituição com o *status* de lei complementar, resta superada, a meu ver, a tese de inconstitucionalidade suscita pela primeira corrente doutrinária.

#### **4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ ACERCA DO ASPECTO ESPACIAL DAS HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISSQN.**

O Decreto-Lei nº 406/68, estabeleceu o local da incidência do ISSQN no seu artigo 12, que estatuiu, *in verbis*:

Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.

c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada.

A Lei Complementar nº 116/2003, que revogou o supracitado artigo 12, por sua vez, manteve a mesma regra, apenas ampliando as hipótese de exceção à regra principal, da incidência do imposto no local do estabelecimento prestador, de 02 para 20. Com a Lei Complementar nº 157/2016, esse número de exceções foi ampliado para 23.

Todavia, contrariando essas disposições legais, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o ISSQN seria devido no local onde se concretizava o fato gerador do imposto. Ou seja, no local onde se realizava a prestação do serviço. Isso resta claro no acórdão do EREsp 130792/CE, *in verbis*.

**“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISSQN. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES.**

I - Para fins de incidência do ISSQN - Imposto Sobre Serviços -, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se releve o teor do art. 12, alínea "a" do Decreto-Lei n.º 406/68.

II - Embargos rejeitados.” (EREsp 130792/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 07.04.2000, DJ 12.06.2000 p. 66).

O voto do Ministro Garcia Vieira, nesse acórdão, aclara o pensamento do Tribunal, não restando nenhuma sombra de dúvida acerca do entendimento do STJ sobre o aspecto espacial da hipótese de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Trecho do voto, *ipsis litteris*:

“Sr. Presidente, verifica-se por vários precedentes que tenho em mãos que o entendimento predominante, atualmente, nesta Primeira Seção, na Primeira Turma e, também, na Segunda Turma é no sentido de que o fato gerador se concretiza no local onde o serviço é prestado. Por exemplo, temos aqui o Recurso Especial nº 168.023-CE, Relator Ministro José Delgado, DJ de 03/08/98. Está dito o seguinte: ‘O fato gerador do ISSQN se concretiza no local onde o serviço é prestado.’

[...]

‘O município competente para cobrança do ISSQN é aquele em cujo território se realizou o fato gerador, em atendimento ao princípio constitucional implícito que atribui àquele município o poder de tributar o serviço ocorrido em seu território.’

Temos também os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 168.023-CE, Relator o Sr. Ministro Paulo Gallotti, de 03 de novembro de 1999, julgado no dia 22 de setembro de 1999. Consta da ementa:

‘O município competente para exigir o ISSQN é aquele onde o serviço é prestado.’

Esse entendimento, alinhado com o pensamento da primeira corrente doutrinária citada neste artigo, e bastante criticado pela segunda corrente doutrinária também aqui citada, perdurou até 2009. A partir de 2010, conforme restará comprovado adiante, o STJ começou a mudar o seu entendimento.

Mudança de entendimento.

Felizmente, em julgado no REsp 1160253/MG, em 10/08/2010, a colenda Corte apresenta mudança de entendimento, passando a observar o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, afirmando, inclusive, que entendimento em sentido contrário, importaria na declaração da inconstitucionalidade das regras contidas na supracitada Lei Complementar.



TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. LC 116/03. COMPETÊNCIA. LOCAL ESTABELECIMENTO PRESTADOR. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. De acordo com os arts. 3º e 4º da LC 116/03, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica. Isso significa que nem sempre a tributação será devida no local em que o serviço é prestado. O âmbito de validade territorial da lei municipal compreenderá, portanto, a localidade em que estiver configurada uma organização (complexo de bens) necessária ao exercício da atividade empresarial ou profissional.

2. Afastar a aplicação das regras contidas na LC 116/03 apenas seria possível com a declaração de sua inconstitucionalidade, o que demandaria a observância da cláusula de reserva de plenário.

[...]

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr.

Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Mozart Chaves Lopes Filho, pela parte RECORRENTE: MED W A LTDA

Vejamos ainda o julgado do Agravo Regimental no Recurso Especial 1498822/MG, Re. Ministro Herman Benjamin, da segunda turma do STJ, realizado em 02/06/2015, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ISS. LC 116/2003. SUJEITO ATIVO. EXISTÊNCIA DE UNIDADE PROFISSIONAL NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO CONTRATO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. No julgamento do REsp 1.117.121/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, o STJ definiu o sujeito ativo do ISS incidente sobre serviço prestado na vigência da LC 116/2003 (arts. 3º e 4º), nos seguintes termos: 1º) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador, compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas; 2º) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador. Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação); 3º) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do

domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção.

3. O simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo (AgRg no AREsp 299.489/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.6.2014).

[...]

6. Os precedentes apontados pela agravante (AgRg no REsp 1.298.917/MG e AgRg no REsp 299.489/MG) não podem ser levados em consideração pois em ambos os casos foi asseverado que inexistia estabelecimento/unidade autônoma na municipalidade onde o serviço foi prestado, ou seja, não guardam similitude fática com o caso dos autos.

7. Agravo Regimental não provido.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) ausente Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Da análise dos julgados aqui colacionados, conclui-se que o Tribunal vem mantendo o novo entendimento adotado em 2010, de que o imposto sobre serviços de qualquer natureza é devido, em regra, no local do estabelecimento prestador do serviço, excetuando as hipóteses previstas no artigo 3º da LC

116/2003. Devendo, contudo, ser observado o disposto no artigo 4º do sobredito diploma legal.

De todo o exposto, conclui-se que, constar no rol das exceções estabelecidas no artigo 3º da LC nº 116/2003 não é a única condição para que o imposto em comento incida fora do local onde está juridicamente constituído o estabelecimento prestador. Conforme se depreende do que dispõe o artigo 4º do supracitado diploma legal, o estabelecimento prestador, por meio de uma ficção jurídica, pode se deslocar para o local da ocorrência da prestação do serviço. Podendo, inclusive, ser definido com estabelecimento prestador, para fins da incidência tributária, o próprio local do estabelecimento tomador. Assim sendo, poderão ser eleitos como critério espacial do imposto, para fins da sua incidência, o estabelecimento prestador do serviço ou, de forma subsidiária, o domicílio deste, o local da prestação do serviço e ainda o local do estabelecimento do tomador do serviço, consoante entendimento de Sílvia Helena Gomes Piva (2012, p. 114).

Destarte, os serviços prestados fora do local do estabelecimento prestador, que não estão elencados nas hipótese de exceção estabelecidas no mencionado artigo 3º, quando restar dúvida para a determinação do local da incidência do imposto, tal compreensão deverá ser extraída da exegese do artigo 4º supramencionado.

## **5. VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE LEGISLAR POSITIVAMENTE**

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece no seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário. Por esse princípio, cada um desses poderes tem competência e atribuições específicas, em razão da especialização e da independência orgânica. Cabendo ao legislativo a elaboração das leis, ou seja, legislar positivamente. Ao Judiciário, cabe a aplicação das leis, ou ainda, declarar a sua inaplicabilidade, em face de eventuais vícios de inconstitucionalidade da lei, e julgar o conflitos de interesses entre as pessoas.

Portanto, não é dado pela Constituição, competência ao judiciário para atuar como legislador positivo, mas tão somente de forma negativa. Ou seja, deixando de aplicar uma norma entendida inconstitucional, declarada tal inconstitucionalidade em um caso *in concreto*, ou *in abstracto*, por meio de ação declaratória de inconstitucionalidade.

E não é outro o entendimento do STF, conforme se verifica neste julgado, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. I - **Não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade.** II - Impossibilidade de extensão, às demais empresas, do prazo concedido pela Lei 8.620/93 à empresas públicas e sociedades de economia mista para parcelamento de débitos previdenciários. III - Agravo regimental improvido.” (RE no Agravo Regimental nº 493.234, Primeira Turma, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 27/11/2007.

Diante do entendimento jurisprudencial do STJ, sustentado até 2009, acerca do loca da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza, levantei, no início deste trabalho, 03 hipóteses: estava o Poder Judiciário atuando como legislador positivo ou estava declarando implicitamente a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, ou ainda, admitindo a extensividade da lista de exceções estabelecidas nesse mesmo artigo, na sua verticalidade.

Para Kiyoshi Harada, a pretexto de interpretar o art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, o STJ, em observância ao princípio da territorialidade, fixou o entendimento de que o imposto é sempre devido no Município onde o serviço for

prestado, e não apenas as hipótese de construção civil e da exploração de rodovias mediante cobrança de preço. Para o ilustre doutrinador, a Corte inovou a legislação. Uma vez que o referido Decreto-Lei, em conformidade com o artigo 146, I, da Constituição e com o artigo 102 do CTN, prescreve de forma diversa. Leciona o mestre, *in verbis*:

No nosso entender, a Corte inovou a legislação. O art. 12 do Decreto-lei nº 406/68, de conformidade com o art. 146, I, da CE, prescreveu que “considera-se o local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio prestado”. Somente na hipótese de construção civil é que o legislador competente adotou o critério do local da prestação. [...] E o próprio art. 102 do CTN proclamou a vigência da legislação tributária estadual, municipal e distrital, “no país, fora dos respectivos territórios, nos limites em que reconhecem extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

A exceção ao princípio da extraterritorialidade está mantida no artigo 3º da LC nº 116/03, com ressalva em relação aos 20 itens aí mencionados, todos eles pertinentes a serviços cuja execução implica presença no local da prestação tal qual construção civil. (HARADA, 2011, p. 464).

No entender de Hugo de Brito Machado, a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de o imposto ser devido no local da prestação do serviço, a pretexto de interpretar o artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/68, trata-se, na verdade, de declaração implícita da inconstitucionalidade do dito artigo, bem como do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, que manteve a mesma regra, apenas ampliando o rol de exceções de 02 para 20, número que fora ampliado para 23 pela Lei Complementar nº 157/2016. Asserta o professor:

O STJ vinha entendendo que competente para a cobrança do ISS seria o Município em cujo território ocorre

a prestação do serviço, sendo irrelevante o local em que se encontra o estabelecimento prestador. Com essa orientação jurisprudencial, a pretexto de interpretar o art. 12 do Decreto-lei 406/1968, vinha declarando implicitamente sua inconstitucionalidade. (MACHADO, 2015, p. 411)

Do entendimento dos ilustres doutrinadores, Hugo de Brito Machado e Kiyoshi Harada, exclui-se a hipótese de estar o STJ admitindo a extensividade da lista de exceções estabelecidas no sobredito artigo, na sua verticalidade. Para aquele, estava ocorrendo declaração implícita da inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos legais. Para este, o STJ estava legislando positivamente.

No julgado do REsp 1160253/MG, de 10/08/2010, a Segunda Turma do STJ assevera, *in verbis*:

2. Afastar a aplicação das regras contidas na LC 116/03 apenas seria possível com a declaração de sua inconstitucionalidade, o que demandaria a observância da cláusula de reserva de plenário.

Pelo que podemos extrair dos entendimentos de Hugo de Brito Machado e de Kiyoshi Harada, bem como do julgado do REsp 1160253/MG, parece-nos com mais substância a tese de que o STJ estava, de fato, agindo como legislador positivo, em que pese a vedação depreendida da interpretação do artigo 2º da Constituição de 1988, e do expresso e indubitável entendimento do STF.

Quanto ao local da incidência do imposto sobre um serviço que se inicia em um município e termina em outro, o STJ, no REsp 1.439.753-PE, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, rel. para acórdão min. Benedito Gonçalves, julgado em 6/11/2014, DJe 12/12/2014, assim decidiu, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. COLETA DE MATERIAL. UNIDADES DIVERSAS. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Discussão a respeito da definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta do material biológico dá-se em unidade do

laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica. (...) 4. O ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. *Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponible.* 5. A remessa do material biológico entre unidades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros ou onerosidade. A hipótese se assemelha, no que lhe for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, verbis: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Pelo que se depreende desse julgado, o entendimento da Corte Superior é no sentido da "impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato gerador do tributo", e de que, em conformidade com o disposto no artigo 3º Lei Complementar nº 116/2003, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador onde se inicia a prestação do serviço, ou seja, no local em que se estabelece a relação jurídico-tributária, no caso em análise, onde ocorre a coleta do material.

## **6. AS DIFICULDADES DECORRENTES DA EXEGESE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O entendimento mantido pelo STJ até 2009, contrário ao disposto nas leis tributárias vigentes no País, concernentes ao aspecto espacial das hipótese de incidência do ISSQN, vinha causando transtornos e insegurança jurídica tanto aos contribuintes quanto aos órgãos das administrações tributárias dos municípios. Aqueles, poderiam se ver diante da exigência dos tributos por mais de um ente tributante, e para elucidação do conflito teriam que recorrer ao judiciários, suscitando o conflito de competência. Mas isso, por vezes, poderia ser inviável, em



razão do custo para o pleito da tutela jurisdicional. Estes, por suas vezes, procediam sempre em conformidade com a legislação, (não podiam proceder diferente) mesmo sabendo que em determinados casos, se levados ao STJ, veriam tais pretensões caírem por terra.

## 7. CONSIDERAÇÕES

Por meio da pesquisa que ensejou este artigo, constatou-se a existência de duas correntes doutrinárias, onde a primeira corrente defende o entendimento de que o ISSQN deve incidir no local onde efetivamente o serviço for prestado. Isso, em observância ao princípio da territorialidade, que está implícito no artigo 156, III, da **Carte Magna, que determina que o imposto sobre a prestação de serviços é de competência dos municípios, evidentemente, daquele cujos fatos geradores ocorrerem dentro do seu território. Para esta corrente doutrinária, o artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/1968, bem como o artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, padecem de vício de inconstitucionalidade, uma vez que estabelecem hipótese de extraterritorialidade de lei municipal instituidora do imposto.** O tributarista Humberto Ávila, bem como o professor José Viana Ulisses Filho, integrantes dessa corrente doutrinária, são críticos ferrenhos do posicionamento do legislador pátrio infraconstitucional, por definir as regras acerca do aspecto espacial, da forma que o fez nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003

A segunda corrente doutrinária, ao contrário da primeira, entende não haver vício de inconstitucionalidade nos supracitados dispositivos legais, em face de uma suposta invasão territorial da lei municipal instituidora do imposto que venha irradiar os seu efeitos em outro município. Essa corrente doutrinária fundamenta a sua tese nos termos do artigo 146, I, da Constituição de 1988, bem como na previsão expressa do artigo 102 do CTN, Lei nº 5.172/66.

Quanto ao entendimento jurisprudencial do STJ, contrariando as disposições do artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/68 e do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o ISSQN seria devido sempre no local onde se concretizava o

fato gerador do imposto. Ou seja, no local onde se realizava a prestação do serviço. Esse entendimento, alinhado com o pensamento da primeira corrente doutrinária citada neste artigo, e bastante criticado pela segunda corrente doutrinária também aqui citada, perdurou até 2009. Tal entendimento, contrário ao disposto nas leis tributárias vigentes no País, concernentes ao aspecto espacial das hipótese de incidência do ISSQN, vinha causando transtornos e insegurança jurídica tanto aos contribuinte quanto aos órgão das administrações tributárias dos municípios.

**Felizmente, em julgado no REsp 1160253/MG, em 10/08/2010, a colenda Corte apresentou mudança de entendimento, passando a observar o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, afirmando, inclusive, que entendimento em sentido contrário, importaria na declaração da inconstitucionalidade das regras contidas na supracitada Lei Complementar.** Destacando, contudo, a observância ao disposto no artigo 4º do mencionado diploma legal.

Destarte, os serviços prestados fora do local do estabelecimento prestador, que não estão elencados nas hipótese de exceção estabelecidas no sobredito artigo 3º da LC nº 116/2003, quando restar dúvida quanto ao local da incidência do imposto, dever-se-á buscar a resposta na exegese do artigo 4º supramencionado. Porém, na eventualidade de persistir a pretensão arrecadatória de mais de um ente tributante, competirá ao poder judiciário decidir de qual ente é a competência.

Quanto ao local da incidência do imposto **sobre** um serviço que se inicia em um município e termina em outro, o STJ, no REsp 1.439.753-PE, adotou o entendimento de que o imposto é devido no local do estabelecimento prestador onde se inicia a prestação do serviço, ou seja, no local em que se estabelece a relação jurídico-tributária.

Ao cabo deste artigo, em conformidade com o entendimento de Kiyoshi Harada, bem como do que se pode extrair do julgado do REsp 1160253/MG, conclui-se que a tese que apresenta maior substância é a de que o STJ estava, de fato, agindo como legislador positivo, em que pese a vedação

depreendida da interpretação do artigo 2º da Constituição de 1988, e do expresse e indubitável entendimento do STF.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **O Imposto Sobre Serviços e a Lei Complementar nº 116/03** in O ISS e a LC 116. São Paulo: Dialética, 2003.

BALEIRO, Aliomar. **In: Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_, Aires Fernandino. **ISS na Constituição e na Lei**. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 18 de 1965 - Reforma o Sistema Tributário**: promulgada em 1º de dezembro de 1965.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968**: estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 27 de outubro de 1966**: Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

\_\_\_\_\_. **Lei complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**: Dispõe Sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Imposto Sobre Serviços – ISS na Lei Complementar nº. 116/2003 e na Constituição**. 1ª. ed. São Paulo: Manole, 2004.

MELO, José Eduardo Soares. Rocha, Valdir de Oliveira (Coord.). **O ISS e a LC 116**. São Paulo: Dialética, 2003.

PIVA, Sílvia Helena Gomes. **O ISSQN e a determinação do local da incidência tributária**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ULISSES FILHO, José Viana. Breves notas sobre o aspecto espacial da hipótese de incidência do ISS. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.co.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo](http://www.ambito-juridico.co.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6618)

[\\_id=6618](http://www.ambito-juridico.co.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6618)>. Acesso em 16/09/ 2018.

## **PERDA DA GRADUAÇÃO DOS MILITARES DAS FORÇAS AUXILIARES A PARTIR DE 1988: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

**DOUGLAS PEREIRA DA SILVA:** Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

**Resumo:** Este trabalho visa explorar a perda da graduação dos militares de baixa hierarquia, denominado Praças, a partir da Constituição Federal de 1988, com o enigmático artigo 125, § 4º, que tanta turbulência trouxe ao mundo jurídico. O trabalho tem como ponto partida o artigo de Álvaro Lazzarini, denominado a Vitaliciedade de Servidores Militares Estaduais, publicada na Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro n. 205, em 1996. O estudo analisa desde as primeiras decisões judiciais até às atuais, com jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, Tribunais de Justiça Militares Estaduais e Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunal do Distrito Federal, procurando oferecer um panorama da situação em todo território nacional. Ao final é dado enfoque à modificação radical do entendimento do Supremo Tribunal Federal. O trabalho possui grande interesse prático, devido ao grande número de Praças das Forças Auxiliares existentes no Brasil.

**Palavras Chaves:** Perda de Graduação, militares, forças auxiliares.

**Abstract.** This work aims to explore the loss of the graduation of low ranking military, called Squares, starting with the federal constitution with the enigmatic article 125, § 4º, which brought so much turmoil to the legal world. The work has as starting point the article of Álvaro Lazzarini, called the Vitality of State Military

Servers, published in the Magazine of Administrative Law, River of January n. 205, in 1996. The study analyzes from the first judicial decisions up to the present ones, with jurisprudence of the Federal Supreme Court, Courts of State Military Justices and Courts of State Justices and of the Federal District Court, seeking to offer an overview of the situation in all national territory. At the end is given focus to the radical modification of the understanding of the Federal Supreme Court. The work has great practical interest, due to the large number of Squares of auxiliary forces existing in Brazil.

**Key Words:** Loss of Graduation. military. auxiliary forces.

**Sumário:** 1. A vitaliciedade dos cargos de oficiais militares; 2. Vitaliciedade das Praças das Forças Auxiliares?; 3. Restrição do alcance do artigo 125, § 4º pelo Supremo Tribunal Federal (STF); 4. Novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 447.859/MS; 5. Os Tribunais de Justiça Militar estaduais e o art. 125, § 4º; 6. A situação sui generis do Estado do Paraná; 7. Estado do Paraná: análise de um caso concreto; 8. Outros Tribunais de Justiças da federação; 9. Da representação para declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato e da representação para perda da Graduação da Praça; 10. Do Conselho de Justificação; 11. Do processo administrativo de Licenciamento e Exclusão da Praça; 12. Conclusões; 13. Referências bibliográficas.

## 1. A vitaliciedade dos cargos de oficiais militares

Na definição legal Cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo (Lei n. 6880, art. 20). Tal Cargo Militar é o que se encontra especificado nos Quadros de Efetivo ou Tabelas de Lotação das Forças Armadas ou previsto, caracterizado ou definido como tal em outras disposições legais (Lei n. 6880, art. 20, § 1º). As obrigações inerentes ao Cargo Militar devem ser compatíveis com o correspondente grau hierárquico, ou seja, com o Posto ou com a Graduação. A Definição legal de Cargo da legislação militar está alinhada com a doutrina, que estipula:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente (CARVALHO FILHO, 2011, p. 754).

De forma bem simplificada pode-se afirmar que os Cargos Militares são expressos em Postos e Graduações, constantes no Quadro Organizacional (QO) das Organizações Militares (OM).

O direito à permanência no cargo público, inclusive no Cargo Militar, pode ocorrer por duas formas bem distintas: pela vitaliciedade e pela efetividade. A vitaliciedade é um *plus* em relação à efetividade, pois a perda daquela exige processo judicial, enquanto esta não. Por isso:

Os cargos vitalícios são aqueles que oferecem a maior garantia de permanência a seus ocupantes. Somente através de processo judicial, como regra, podem os titulares perder seus cargos (art. 95, I, CF). Desse modo, torna-se inviável a extinção do vínculo por exclusivo processo administrativo (salvo no período inicial de dois anos até a aquisição da prerrogativa). A vitaliciedade configura-se como verdadeira prerrogativa para os titulares dos cargos dessa natureza e se justifica pela circunstância de que é necessária para tornar independente a atuação desses agentes, sem que sejam sujeitos a pressões eventuais impostas por determinados grupos de pessoas (CARVALHO FILHO, 2010, p. 756).

Em síntese, o provimento vitalício, diferente do efetivo, "é o provimento que se faz em cargo público, mediante nomeação, assegurando ao funcionário o direito à permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado" (DI PIETRO, 2010, p. 606).

Sobre os cargos vitalícios Gasparini (2012, p. 231) aponta, no âmbito federal, os Magistrados, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de

Contas e os Oficiais Militares. Por certo, no nível estadual, os cargos semelhantes possuem igual vitaliciedade em decorrência do princípio da simetria, como é o caso dos Oficiais Militares das Forças Auxiliares, cujas patentes são conferidas pelos Governadores (Constituição Federal de 1988, art. 42, § 1º). Importante destacar que a vitaliciedade é norma de exceção e somente se aplica aos casos elencados na Constituição Federal, não podendo a relação de agentes vitalícios ser ampliada por normas infraconstitucionais.

Em relação aos militares, depois de nomeado, a perda do Posto e da Patente do Oficial somente acontecerá por decisão do tribunal competente, ou seja, o Superior Tribunal Militar (STM), em tempo de paz, para os oficiais das Forças Armadas e os Tribunais Estaduais Militares, onde houver, ou ainda os Tribunais de Justiça Estaduais ou do Distrito Federal, conforme o caso, para os Oficiais das Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

A vitaliciedade dos Oficiais militares, como todas as outras estão previstos na Constituição Federal. Assim a vitaliciedade dos Oficiais militares das Forças Federais está inserida no artigo 142, § 3º, incisos VI e VII[i], e dos Oficiais das Forças Auxiliares no

artigo 42, § 1º[ii]. A garantia de Postos e patentes dos Oficiais é universal e, no Brasil, em relação aos militares federais, esteve presente em todas nossas constituições sem exceção[iii].

## **2. Vitaliciedade das Praças[iv] das Forças Auxiliares?**

Embora sempre concedido aos Oficiais, o direito de vitaliciedade nunca havia sido concedido às Praças militares, quer no âmbito federal, quer no âmbito estadual. Todavia o Poder Constituinte de 1988 inovou ao prever, desde a sua versão original, o direito da vitaliciedade das Praças. Hoje, a redação do artigo é outra, mas com o mesmo conteúdo na sua parte final:

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for



civil, **cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças**(Constituição Federal de 1988, art. 125, § 4º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, g. n.).

Pois bem, então a partir de 1988 as Praças das Forças Estaduais e Distrital teriam direito à vitaliciedade, de forma idêntica aos Oficiais? Em pesquisa sobre os anais da Constituição de 1988, Álvaro Lazzarini mostrou que a intenção daquele Constituinte foi exatamente essa, isto é, o tratamento igualitário entre Oficiais e Praças e concluiu que:

Isso tudo, em verdade, sensibilizou o Constituinte de 1988 e as próprias assessorias parlamentares das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares presentes nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que não tiveram forças e argumentos suficientes para contrapor-se ao antigo anseio das suas praças. Foi assim que surgiu e foi promulgada a norma constitucional do artigo 125, § 4, estendendo às praças a mesma prerrogativa da vitaliciedade dos Oficiais, anteriormente já reconhecida pela jurisprudência (LAZZARINI, 1996, p. 99).

Não obstante a intenção do Constituinte, os operadores do direito não estavam preparados para uma mudança tão drástica, ou seja, a concessão do direito de vitaliciedade até mesmo ao militar da mais baixa hierarquia (Soldado). E ainda mais, um direito exclusivo das Forças Estaduais, inexistente no âmbito Federal. Sobre esse ponto Assis comenta que:

Criou-se então, um impasse que tem atormentado os julgadores: as praças das Forças Armadas, se condenadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, têm como pena acessória, a exclusão das forças armadas, ex officio, nos termos do art. 125 e seguintes do Estatuto dos militares. Agora, se praça das Polícias Militares ou dos Corpos de

Bombeiros Militares, a exclusão só será efetivada com a perda da graduação a ser decidida pela 2ª instância da Justiça Militar Estadual, Tribunal Militar ou Tribunal da Justiça dos Estados. É bom que se diga que tal dispositivo constitucional é, no mínimo, impertinente, senão inusitado, fruto, com certeza, do desconhecimento dos princípios norteadores da vida militar. As garantias constitucionais sempre foram somente aos Oficiais (Comando, chefia e direção) das organizações militares, desde a Constituição do Império até hoje [...].(ASSIS, 2010, p. 230).

A jurisprudência reagiu aos mandamentos do artigo 125, § 4º da Constituição, com decisões muitas vezes enigmáticas, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) chegou à conclusão que o dispositivo constitucional somente se aplica às Praças graduadas, a partir de Cabo, excluindo o Soldado ao decidir:

Inaplicabilidade do art. 125, § 4º, da constituição federal, tendo em vista que o justificante, soldado da polícia militar, não é considerado praça graduado praças graduados são apenas o subtenente, o sargento e o cabo autos de conselho de justificação não conhecidos (PARANÁ, TJPR, CJ n. 654517-3, 2011).

Curiosamente chegou-se à conclusão que Soldado não tem Graduação. Ora, Graduação é o grau hierárquico da Praça e Posto é o grau hierárquico do Oficial (Lei n. 6.880/1980, art. 16, § 1º e 3º), independentemente da posição da escala hierárquica.

Surgiram outras discussões a respeito do tema, com os mais diferentes pontos de vista, sobre o alcance do artigo 125, § 4º da Constituição. Tais discussões percorreram todo o território nacional, sem posicionamento definitivo sobre a vitaliciedade das Praças. A discussão, por óbvio, devido à inegável importância e por envolver dispositivos constitucionais, chegou ao Supremo Tribunal Federal, que restringiu o alcance da norma.

### 3. Restrição do alcance do artigo 125, § 4º pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

O STF restringiu o alcance do dispositivo constitucional em análise para albergar apenas os casos de condenação por crime militar, de forma que não seria aplicada a pena automática de exclusão da Corporação, no caso de condenação a pena privativa de liberdade superior a dois anos, conforme previsto no Código penal Militar[v], se motivada na sentença[vi]. Nesse caso, caberia ao Tribunal competente decidir sobre a perda da Graduação:

Militar: praças da Polícia Militar Estadual: perda de graduação: exigência constitucional de processo específico, (art. 125, § 4º, parte final) eficácia imediata: caducidade do art.102 do Código Penal Militar STF. (BRASIL, STF, RE n. 121.533-0 – MG, 1990).

Enfim o STF já assinala pouco depois da promulgação da Constituição que à perda da Graduação se referia como decorrência de uma condenação penal, por crime militar, em virtude da não aplicabilidade automática do art. 102 do Código Penal Militar, jamais como sanção disciplinar, decorrente de processo administrativo. Depois de diversos precedentes (RE 199.800, DJ de 04/05/2001; RE 203.254, DJ de 06/08/1999; RE 219.402, DJ de 16/10/1998; RE 227.312, DJ de 07/08/1998; RE 197.649, DJ de 22/08/1997), o STF sumulou a matéria: "**o art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo**" (BRASIL, STF, Súmula n. 673, 2003, g. n.).

Em conclusão, a vitaliciedade (necessidade de decisão judicial para perda de Graduação) da Praça estava circunscrita à situação de condenada por crime militar a pena superior a dois anos, por crime militar, na ótica da decisão do STF.

Mesmo com a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional n. 18/1998, que passou a conter regras específicas sobre a perda do Posto e Patente dos Oficiais, sem nada mencionar sobre as Praças, ainda assim o STF manteve seu posicionamento ao decidir:

[.....]. A EC 18/98, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), não revogou o art. 125, § 4º do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças. (BRASIL, STF. RE n. 358.961/MS, 2004).

A princípio a matéria estava pacificada, e, no caso de condenação por crime militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos transitada em julgado, caberia ao Tribunal competente decidir sobre a perda da Graduação das Praças em processo específico, iniciado mediante representação do Ministério Público.

#### **4. Novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 447.859/MS**

Em julgamento por maioria apertada o STF reviu o posicionamento anterior e decidiu que: “relativamente à praça, é inexigível pronunciamento de Tribunal, em processo específico, para que se tenha a perda do posto” (BRASIL, STF, RE n. 447.859 - MS, 2015). A ementa do Acórdão cita na sua parte final “perda do Posto”, mas efetivamente se trata de “perda da Graduação”, pois a Praça não possui Posto e sim Graduação, conforme dispositivos legais (Lei 6880, art. 16, § 1º e 3º).

Nesse novo posicionamento, consta a desnecessidade de processo específico para a declaração de perda da Graduação de Praça da Polícia Militar condenada a pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, contrariando decisões anteriores.

No caso específico do recurso (RE 447.859/MS), na origem, o Juízo castrense de primeiro grau condenou às Praças, em 2004, à pena privativa de liberdade unificada superior a dois anos por crimes tipificados no Código Penal Militar e, ainda, a sentença monocrática impôs aos milicianos à expulsão das fileiras da Polícia Militar sul-mato-grossense, nos termos do art. 102 do CPM. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) manteve a decisão monocrática e não vislumbrou ilegalidade na aplicação da pena acessória de exclusão da Corporação.

Houve interposição de Recurso Extraordinário, que chegou ao STF, onde, por maioria apertada, concluiu-se que a alteração do artigo 142, § 3º, VII, da Constituição Federal pela Emenda Constituição n. 18/98 dirigiu-se exclusivamente ao procedimento de perda do Posto e da Patente de Oficiais e, por isso, não é necessária a instauração de processo específico para a declaração da perda de Graduação de Praça da Polícia Militar condenada a pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal e do art. 102 do Código Penal Militar. Enfim, o atual posicionamento do STF é totalmente contrário à sua formatação anterior.

Nota-se que esse recente entendimento do STF retira toda a eficácia do art. 125, § 4º da constituição. Como corrente no mundo jurídico as normas constitucionais jurídicas devem ser interpretadas de forma que lhe dê maior eficácia possível, o que não ocorreu no caso em apreço.

### **5. Os Tribunais de Justiça Militar (TJM) estaduais e o art. 125, § 4º**

Os Tribunais de Justiça Militares (TJM) onde existem (RS, SP e MG) por meio de seus regimentos internos já regulamentaram o procedimento de perda de Graduação das Praças. Todavia eles não concederam interpretação idêntica aos dispositivos constitucionais. Em São Paulo, a representação para perda de Graduação ocorre em crimes comum[vii] ou militar[viii], com pena superior dois anos ou não. Em Minas Gerais, a representação para perda da graduação também ocorre em condenação por crime comum ou militar. Já no Rio Grande do Sul a representação ocorre apenas para os crimes militares, ficando de fora os crimes da alçada da justiça comum.

Por que essa diferença de interpretação da norma constitucional? Por que alguns tribunais adotam o processo de perda de Graduação em relação à condenação por crime militar apenas e outros adotam em relação a crime comum ou militar? Isso tudo depende do ângulo adotado pelo hermeneuta, o que, de fato pode dar origem a duas interpretações diversas.

*Primeira interpretação:* como o art. 125, § 4º refere-se ao fato da perda de Graduação pelo Tribunal competente na parte final do artigo, que trata da competência da Justiça Militar, logo a perda da Graduação decorre somente em caso de condenação por crime militar. Esse foi o entendimento do STF no Recurso Extraordinário n. 121.533, de 1990 que serviu de paradigma para esse tipo de interpretação por parte dos tribunais dos entes federados.

*Segunda interpretação:* o raciocínio é mais complexo e, por isso, foi dividido em duas etapas: primeira etapa: o artigo 142, § 3º inciso VII da Constituição Federal diz textualmente que o Oficial das Forças Armadas condenado na justiça **comum** ou **militar** a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido a julgamento perante o Tribunal competente; segunda etapa: o artigo 42, § 1º [ix] da Constituição Federal manda aplicar às disposições do artigo anterior (artigo 142, § 3º inciso VII) aos Militares Estaduais e do Distrito Federal e, como a norma do artigo 42, § 1º, se refere a "**militares**", sem fazer distinção entre Oficial ou Praça, então à norma do artigo 142, § 3º, inciso VII aplica-se às Praças das Forças Auxiliares.

Parece que a primeira interpretação é mais coerente em decorrência do princípio da simetria[x], pois se no âmbito Federal a norma somente fala de Oficiais (art. 142, § 3º, inciso VII) logo no âmbito Estadual somente os Oficiais teria tal direito. A norma do art. 42 fala em "militares" porque diversas outras disposições previstas no § 3º do artigo 142 são aplicáveis a Oficiais e Praças estaduais e distritais sem distinção. Ademais a origem da vitaliciedade das Praças é outro (art. 125, § 4º). Logo, a interpretação de que o processo de perda de Graduação das Praças somente ocorre em caso de condenação de crimes militares é a mais adequada.

No caso de condenação de Praças por crime comum segue a regra geral, prevista no Código Penal Comum, onde existem os chamados "efeitos" da condenação[xi], ou seja, pode ocorrer a perda do Cargo Público Militar, sem a necessidade de processo específico de perda de Graduação perante o tribunal competente.

Os Tribunais de Justiça Militar Estadual existentes no Brasil são os de: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, órgãos de segunda instância da Justiça Militar estadual. A Constituição Federal prevê sua criação nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes (Constituição Federal de 1988, art. 125, § 3º). Todavia, a criação deles não são obrigatórias e, por isso, existem Estados, como o Paraná, cujo efetivo é superior ao mínimo exigido, mas não existe tal tribunal. Feito tais considerações segue abaixo extratos de decisões judiciais dos Tribunais militares de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, sendo oportuno observar a diferença de interpretação:

Processo especial que tem origem através de representação do Ministério Público, após o trânsito em julgado de sentença judicial condenatória - mesmo que a pena seja inferior a dois anos - pela prática de crime comum ou militar, competindo, originária e exclusivamente, ao órgão de Segunda Instância da Justiça Militar o julgamento sobre a perda da graduação de praça, nos termos do artigo 125, § 4º, parte final, da Constituição Federal. Conduta delituosa grave que se configura como ofensa ao decoro da classe policial militar, de forma desonrosa, demonstrando a incompatibilidade do representado em ostentar a graduação que lhe foi conferida. Uso de atestado médico falso para justificar falta ao serviço. Representação acolhida. Decisão unânime. (SÃO PAULO, TJM-SP, Perda de Graduação de Praça n. 001433/2014, 2016).

Processo de perda de graduação - condenação superior a 2 (dois) anos - delito de homicídio simples (art. 121 do código penal) - gravidade da conduta e repercussão negativa na corporação - procedência da representação - inatividade - direito adquirido - proventos mantidos. (MINAS GERAIS, TJM-MG, Representação para Perda de Graduação n. 0000057-12.2014.9.13.0000, 2014).

Representação Para Perda da Graduação - Corrupção Passiva - Condenação na Justiça Militar - Trânsito em Julgado da Sentença Condenatória [.....]. O representado cometeu condutas reprováveis e incompatíveis, que afrontam o ordenamento jurídico vigente e o ideal de bem servir à sociedade, quebrando os elos de confiança e credibilidade depositados ao longo de décadas, pelo profícuo trabalho desenvolvido pelos militares da ativa, reserva e reformados. [...] Provimento à representação ministerial. - Perda de graduação. 2 - Manutenção dos proventos da inatividade, [.....].(MINAS GERAIS, TJM-MG, Representação p/ perda de Graduação n. 0800065-82.2016.9.13.0000,2016).

[.....] A obrigatoriedade de julgamento por Tribunal Militar, relativa à perda de graduação das praças, prevista no § 4º, artigo 125, da Constituição Federal, somente aplica-se a crimes militares, de sorte que, nas condenações de policiais militares ocorridas na Justiça Comum, por crime comum, compete ao juiz prolator da sentença ou ao respectivo Tribunal de Justiça, decretar a perda da função pública, como de fato ocorreu. [.....]. (RIO GRANDE DO SUL, TJM-RS. Representação para perda da graduação nº 1000058-50.2017.9.21.0000, 2017).

[...] A representação para perda da graduação das praças da Brigada Militar trata-se de um processo especial instaurado após o trânsito em julgado de uma condenação criminal na Justiça Militar estadual à pena restritiva de liberdade superior a dois anos, destinado a aferir a conveniência ou não da aplicação da pena assessória, prevista nos artigos 98, inc. IV, e 102, ambos do Código Penal Militar. [.....]. (RIO GRANDE DO SUL, TJM/RS, Embargos Infringentes n. 1000265-49.2017.9.21.0000, 2017).



Observe que o Tribunal de Justiça Militar gaúcho apenas instaura o processo de Perda de Graduação nos casos de crime militar, diferente dos Tribunais paulista e mineiro que o instaura em caso de condenação por crime comum ou militar. Os processos de Perda de Graduação são julgados pela composição plena dos Tribunais Militares estaduais e contém juízes militares e civis, o que representa maior heterogeneidade de opiniões, tão necessária para julgar casos de tamanha importância.

## **6. A situação *sui generis* do Estado do Paraná**

A justiça paranaense trilhou por caminho diferente e decretou a inconstitucionalidade de dispositivos da lei paranaense (artigos 40, inciso II, e 41, parte final, da lei estadual n. 16.544/2010[xii]) que dispunha sobre o encaminhamento do processo disciplinar das Praças ao Tribunal. Assim, mesmo se o Conselho de Disciplina for instaurado com fundamento no inciso V do art. 5º da Lei 16.544, ou seja, condenação por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade superior a dois anos, com trânsito em julgado, o processo não será encaminhado ao Tribunal:

[...] Policial militar. Soldado QPM 1-0. Condenação. Crime militar. Corrupção passiva. Procedimento administrativo instaurado para apurar se o justificante cometeu infração incompatível com sua permanência nos quadros da polícia militar do Estado do Paraná. Remessa dos autos de conselho de justificação ao tribunal de justiça. Incidente de inconstitucionalidade dos artigos 40, inciso II e 41, parte final, da lei estadual n. 16.544/2010 julgado procedente pelo órgão especial deste tribunal. Incompetência do tribunal de justiça para decidir sobre a perda de graduação nos casos em que esta decorre de sanção disciplinar administrativa. Não conhecimento. (PARANÁ, TJPR, CJ n. 876941-7, 2014).

A decisão paranaense encontra-se de acordo com a Súmula 673 do STF, que determina o exaurimento do processo administrativo no Comandante-Geral da Corporação. Todavia, ressalta-se que o processo para perda de Graduação é autônomo e instaura-se a partir da condenação, sem a necessidade de qualquer procedimento administrativo sobre o caso. E, nesse aspecto, destaca-se que o processo para perda de Graduação não se encontra normatizado no âmbito interno do TJPR.

Quanto ao contido no artigo 124, § 4º da Constituição Federal, o Tribunal paranaense perfilou ao antigo posicionamento do STF, ou seja, a caducidade do art. 102 do CPM em relação às Praças das Forças Estaduais:

[....] I. O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição Federal de 1988, prevê que a perda do posto e da patente da graduação das praças somente cabe quando exarada por meio de processo específico, haja vista a não recepção do artigo 102 do Código Penal Militar pela Constituição Federal de 1988. (PARANÁ, TJPR, RCACI n. 609803-9, 22.04.2010).

Dessa forma o Estado do Paraná encontra-se em situação peculiar pelos seguintes motivos. Primeiro, a decretação de inconstitucionalidade de dispositivos da lei paranaense que permitia o envio dos autos de Conselho de Disciplina (CD) ou Apuração Disciplinar de Licenciamento (ADL)[xiii] ao TJPR, inclusive quando o motivo de instauração do processo fosse a condenação por crime de natureza dolosa à pena restritiva de liberdade superior a dois anos; segundo, inexistência de processo autônomo de Representação para Perda da Graduação, devidamente regulamentado.

Enfim, no caso paranaense não existe processo de representação para a Perda de Graduação, em caso de condenação por crime militar superior a dois anos e também não existe a possibilidade dos autos de Conselho de Disciplina ou Apuração Disciplinar de Licenciamento ser enviados ao Tribunal em nenhuma hipótese. Por outro lado, a jurisprudência mantém a interpretação sobre a inaplicabilidade do artigo 102 do CPM. Todos esses fatores reunidos culminaram na seguinte situação: a perda de Graduação nessa hipótese (condenação por crime

militar com pena superior a dois anos) ocorre somente por intermédio do Conselho de Disciplina, ou Apuração Disciplinar de Licenciamento cuja decisão é do Comandante-Geral da Corporação, sem possibilidade de análise pelo Tribunal de Justiça. Em síntese é absolutamente inaplicável o dispositivo constitucional (art. 125, § 4º) no caso paranaense.

## **7. Estado do Paraná: análise de um caso concreto**

A fim de melhor compreender a situação paranaense apresenta a seguir o trâmite de um caso concreto passo a passo. Pois bem, nesse caso, em 19 de novembro de 2010, o militar foi condenado em primeira instância pelo juízo militar, nos autos de ação penal pública n. 2007.25982-4, a pena de 3 (três) anos de reclusão, com o regime de cumprimento aberto, além de submeter o militar as seguintes condições: prestar serviços à comunidade pelo período de um ano; não frequentar bares ou estabelecimentos congêneres; recolher-se em sua residência todos os dias das 22:00h às 6:00h, bem como, nos finais de semana quando não estiver exercendo atividade lícita de trabalho (escalado em serviço) ou estudo comprovados documentalmente; comparecimento bimestral e obrigatório em Juízo para informar as suas atividades e não se ausentar da Comarca por mais de 08 (oito) dias sem a autorização do Juízo. Todavia, nesse caso, não houve a decretação da exclusão da polícia militar, como pena acessória, prevista no art. 102 do CPM (PARANÁ, PMPR, Boletim-Geral n. 091, 2012, p. 10-12).

O militar recorreu da sentença monocrática, mas manteve-se a decisão por Acórdão da justiça paranaense: "Direito Penal Militar - Lesões Corporais Graves - Materialidade e Autoria Comprovadas - Conjunto Probatório - Laudos - Palavra da Vítima - Credibilidade - Recurso Desprovido" (PARANÁ, TJPR, Ap. Crime n. 768740-3, 2012).

O Tribunal paranaense nada manifestou também sobre a exclusão do militar da Corporação, embora a condenação tenha sido acima de dois anos. O Acórdão transitou em julgado em 9 de fevereiro de 2012 e a pena 3 (três) anos de reclusão aplicada tornou-se definitiva. Não houve Representação pelo Ministério Público para perda da Graduação do militar. Ao tomar conhecimento da condenação o

Comandante Geral da PMPR determinou abertura de processo, que depois de seguir seu trâmite regular sobreveio decisão do comandante da Corporação, cujos trechos destacam-se a seguir:

[...] O objeto do processo foi apurar a conduta do acusado 3º Sgt. QPM 1-0 FLG e verificar sobre as condições deste militar estadual permanecer nas fileiras da Corporação, tendo em vista a prática de ilícito administrativo de natureza grave, consubstanciado em condenação criminal transitada em julgado, sujeitando-o à aplicação das sanções previstas na Lei Estadual 16.544, de 14 de julho de 2010, por infração ao seu art. 5º, V, *in verbis*: art. 5º Será submetido a processo disciplinar o militar estadual que: [...] v- for condenado por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade superior a dois anos, com trânsito em julgado. [...]. Conforme condenação penal, exarada pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Auditoria Militar Estadual, datada de 19 de novembro de 2010, com sentença transitado em julgado, em 9 de fevereiro de 2012, de 03 (três) anos de reclusão com regime inicial de cumprimento o aberto, capitulado no artigo 209 § 2º, do Código Penal Militar.[...] Merecem atenção os depoimentos da chefe do Conselho Tutelar de Apucarana, do Juiz de Direito que mais proximamente tinha relações profissionais com o acusado, bem como de três oficiais superiores da Polícia Militar que com ele trabalharam, todos unânimes ao afirmar suas qualidades positivas. 3. DISPOSITIVO. Portanto, e tendo como inspirador o princípio da proporcionalidade, em sua vertente clássica de proibição do excesso (*Übermassverbot*), acolho o parecer do Oficial encarregado da Apuração Disciplinar de Licenciamento e decido punir disciplinarmente o acusado com supedâneo no art. 30, inciso II, da Lei Estadual Nº 16.544/10, o que passo a fazer em apartado (PARANÁ, PMPR. Boletim-Geral nº 020, 2014, p. 22-25).

No caso em apreço o Comandante Geral decidiu por manter o militar na Corporação. Esse caso concreto não foi analisado pelo Tribunal competente (TJPR) para decidir sobre a perda da Graduação, pois não houve processo específico de representação, nem existe a possibilidade dos autos do processo administrativo analisado pelo Comandante-Geral chegar ao tribunal. Especificamente sobre esse último ponto prevê dispositivos da lei paranaense n. 16.544, de 14 de julho de 2010:

V- a remessa do processo ao Órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, se o Conselho de Disciplina tiver sido instaurado com fundamento no inciso V do art. 5º desta lei, e considere o acusado incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade (Lei 16.544/2010, art. 26, inciso V no caso do ADL, art. 30, V, no caso do CD).

Contudo tal processo não foi analisado pelo Tribunal de Justiça paranaense, primeiro porque o Comandante da Corporação não julgou como necessário a perda da Graduação e segundo, mesmo se a decisão fosse a favor da perda da Graduação, tal processo não chegaria o Tribunal, pois decretado inconstitucionais pelo próprio TJPR os dispositivos da lei paranaense que permitia tal envio, conforme destacado alhures. Enfim, todo esse conjunto de fatores peculiares ao Estado do Paraná, tornou ineficaz o contido no art. 124, § 4º da Constituição Federal.

Curiosamente com o atual posicionamento do STF no RE n. 447.859/MS, o ente federativo em destaque parece ser o único da Federação dos casos analisados que mais se aproxima dos novos parâmetros. Mas como uma diferença importantíssima: no Estado do Paraná, no caso analisado, o Juiz Militar não decretou a pena acessória de exclusão e coube apenas ao Comandante-Geral da Corporação analisar o caso (embora a condenação por crime a pena superior a dois anos).

De forma absolutamente inesperada o sistema adotado no Estado do Paraná, consoante ao caso paradigma analisado, acabou concedendo poder extraordinário ao Comandante-Geral da PMPR, pois sua decisão (quer seja mantendo a Graduação da Praça, quer seja determinando sua perda), mesmo em caso de condenação por crime militar, cujas penas ultrapassem o limite de dois anos em crimes dolosos, a pena restritiva de liberdade, essa decisão não passa pelo crivo do Tribunal competente. O modelo paranaense não é o ideal por não possuir eficácia o art. 125, § 4º da Constituição Federal.

## **8. Outros Tribunais de Justiças da federação**

Em alguns Estados pesquisados como Santa Catarina, Acre e Pernambuco ocorreram à representação nos casos de condenação por crimes comuns ou militares:

[...] Perda de graduação. [...] Mérito. Sargento da polícia militar condenado pela prática de peculato. Condenação a pena superior a dois anos de reclusão transitada em julgado. Requisito objetivo preenchido. Fato isolado na vida do fardado. Conduta que, embora reprovável, não pode ser considerada gravíssima. Ausência de prova da incompatibilidade moral com o exercício da função pública. Histórico funcional que recomenda a manutenção do seu posto. Representação improcedente. (SANTA CATARINA, TJSC, Perda de Graduação n. 2011.021565-0, da, 2013).

Perda de graduação. Soldado da polícia militar condenado pela prática de tortura. Pena imputada superior a 2 (dois) anos de reclusão. Sentença transitada em julgado. Preenchimento do requisito objetivo. Evidenciada a gravidade do delito, que, inclusive, é equiparado a hediondo. Ficha funcional da praça que apresenta diversas outras punições, bem como certidão dando conta de diversas apurações criminais. Indignidade para o exercício da

atividade de policial militar. Requisito subjetivo satisfeito. Representação procedente. [...].(SANTA CATARINA, TJSC, Perda de Graduação n. 2009.025279-2, 2010).

[...] A perda da graduação e exclusão de policial militar da corporação, condenado a mais de 02 (dois) anos de reclusão, não é automática (art. 125, § 4º, da Constituição Federal), devendo ocorrer somente quando houver incompatibilidade com o exercício da função, situação que deve ser examinada caso a caso. Na hipótese, embora o agente tenha sido condenado por se apropriar indevidamente de bem móvel particular, a sua folha funcional registra uma série de condutas elogiosas, sendo aquele o único fato a denegrir sua reputação, ao longo de seus 17 (dezessete) anos de serviço. (ACRE, TJAC, Processo n. 0000166-48.2011.8.01.0000; 2011).

Representação para a perda da Graduação das Praças. Policial Militar. Estupro. Condenação. Trânsito em julgado. Corporação. Exclusão. Legalidade.(ACRE, TJAC, Processo n. 0000372-67.2008.8.01.0000, 2009).

[...] 1. Tratando-se de condenação de Praça da Polícia Militar por crime comum, com pena superior a dois anos de reclusão, não há o que se questionar quanto à competência deste Tribunal para o julgamento da perda de sua graduação, sobretudo pela existência de regulamentação específica vigente sobre a matéria. (PERNAMBUCO, TJPE, Rep. p/ Perda da Graduação 472542-00001475-50.2017.8.17.0000,2018).

Noutros, Estados, porém, como ocorrem em Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Rondônia apenas em crimes militares:

[...] I - A perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças da Corporação Militar, por

decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, nos termos do artigo 125, § 4º da Constituição Federal, só é aplicável quando se tratar de crime militar próprio ou impróprio. II - No caso, o representado foi condenado por crime doloso contra a vida (homicídio qualificado) praticado contra civil, ou seja, por delito comum, portanto, só poderia perder a graduação de praça por decisão do Juiz prolator do édito condenatório ou do respectivo Tribunal, no julgamento de apelação, como efeito secundário da condenação. Representação improcedente. (GOIÁS, TJGO, Representação n.270492-90.2012.8.09.0000, 2013).

[.....] 1- Os Tribunais Superiores firmaram o posicionamento no sentido de que o procedimento específico previsto no artigo 125, § 4º, da Magna Carta, para a decretação da perda da graduação das praças da corporação militar, restringe-se aos crimes militares definidos em lei, isto é, propriamente militares. 2- Representação improcedente. (GOIÁS, TJGO, Representação n. 82202-57.2013.8.09.0000, 2013).

[.....] A exigência de procedimento específico perante o Tribunal, para a perda de posto e da patente de policial militar é exigido somente quando se tratar de crime militar. No caso de crime comum, como na hipótese, a perda função pública (policial militar) é efeito secundário da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 92, inciso II, alínea b, do Código Penal. (MATO GROSSO DO SUL, TJMS, Revisão Criminal n. 2011.034903-0/0000-00, 2012).

[.....] A fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. A perda da função de Policial Militar é efeito da condenação pela prática



de crime comum, expressamente autorizado pelo art. 92, I, b, do Código Penal, e não se confunde com a perda da graduação, concernente ao disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal. A condenação ao pagamento das custas processuais é medida que se impõe, sobretudo se o denunciado não é beneficiário da justiça gratuita. (MATO GROSSO, TJMT, Ap. n. 62925/2009, 2011).

[.....] Policial militar condenado por homicídio contra sua esposa. Crime comum. - apenas nos crimes militares compete ao tribunal de justiça decidir sobre a perda da graduação a teor do disposto no art. 125, parágrafo quarto da CF. (DISTRITO FEDERAL, TJDF. Acórdão n.72275, 1994).

[.....] 1. O procedimento de perda da graduação das praças das polícias militares subordina-se à decisão do Tribunal competente apenas nos casos de crimes militares, ou quando a exclusão das fileiras não consta como efeito da sentença penal condenatória. 2. Tratando-se de condenação por crime de extorsão, em que se decretou de forma fundamentada a perda de cargo, função ou emprego público, torna-se desnecessária a instauração do procedimento especial para a perda de posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, tornando-se inaplicável o disposto na segunda parte do § 4º, do art. 125 da Constituição Federal. (RONDÔNIA, TJRO, Ap. n. 0017880-33.2011.822.0001, 2013).

[.....] No crime de tortura, por tratar de crime comum que tem por efeito automático a perda de cargo, função ou emprego público, torna-se desnecessário a instauração do procedimento especial para a perda de posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, tornando-se inaplicável, na espécie, o disposto na segunda parte do § 4º

do art. 125 da Constituição Federal. (RONDÔNIA, TJRO, Reclamação n. 2103347-47.2001.822.0501, 2010).

Em que pese à divergência de interpretação das normas constitucionais por parte dos entes federados pelos motivos que se discorreu no item 5 deste trabalho, os modelos por eles propostos estão bem estruturados e devidamente regulamentado nos regimentos internos dos tribunais de cada um deles, possuindo a norma do art. 125, § 4º a sua devida eficácia.

### **9. Da representação para declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato e da representação para perda da Graduação da Praça.**

Tais processos não comportam dilação probatória. Eles começam com representação do Ministério Público, após condenação criminal a pena privativa de liberdade superior a dois anos (se a representação se der os antes do trânsito em julgado, o processo é sobrestado até que sobrevenha a decisão definitiva). Em seguida é oportunizada a defesa ao representado para que ele se justifique e indique pressupostos fáticos de que possui capacidade de permanecer na Corporação.

Posteriormente não havendo pendências os autos vão ao julgamento. Procedente ou não à representação cabe o recurso dentro do próprio tribunal (Embargos). Não cabendo mais recurso dentro do Tribunal e julgado procedente à representação para perda da Graduação (no caso das Praças) ou do Posto e Patente (no caso dos Oficiais) cópia do acórdão é endereçada ao Comandante Geral da instituição a que pertencer o Oficial ou a Praça para os procedimentos decorrentes.

Eventuais recursos ao STJ ou STF não possuem efeitos suspensivos (em regra) e, ademais, tais tribunais superiores não podem adentrar no mérito da decisão do Tribunal local. São esses os procedimentos básicos do julgamento, cabendo cada tribunal por meio de seus regimentos internos regular passo a passo do processo.

### **10. Do Conselho de Justificação.**

Processo cabível somente em relação aos oficiais. Depois da decisão na via administrativa, ocorre à remessa do processo ao órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, se a autoridade militar considerar o acusado incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

Ao chegar ao tribunal, o Conselho de Justificação (CJ) é autuado e concluso ao relator, conforme regimento do tribunal. Depois dos trâmites iniciais é aberto prazo para o justificante manifestar (mostrar que possui capacidade de permanecer na Corporação). O Ministério Público manifesta como fiscal da lei. Cumprido os trâmites, os autos vão a julgamento.

Ao decidir o tribunal que o justificante é, nos termos da lei, incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá o Tribunal, conforme o caso: declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda do Posto e da Patente; ou determinar a sua Reforma. Geralmente cabem embargos da decisão dentro do próprio tribunal, conforme regimento interno.

Ultimada a decisão, cópias das decisões são encaminhadas ao Comandante Geral da Corporação para formalizar a decisão. Recursos aos tribunais superiores não suspendem a decisão do tribunal local (em regra).

## **11. Do processo administrativo de Licenciamento e Exclusão da Praça.**

Esse processo geralmente recebe o nome de Conselho de Disciplina (CD) ou outro nome a depender da Corporação. Esse processo também conduz a perda do Cargo Público da Praça, como ocorre também nos processos de perda de Graduação perante os tribunais.

Contudo nesse caso a decisão do Comandante Geral é soberana não sendo necessário o envio dos autos à justiça para homologação ou não da decisão da autoridade militar. Aí reside a diferença fundamental entre o Conselho de Disciplina e o Conselho de Justificação: o segundo é sempre encaminhado ao tribunal competente, o primeiro não. Aplica-se no caso do Conselho de Disciplina a súmula 673 do STF: "o art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".

Por exemplo: no caso da prática de um fato grave pelo militar estadual tipificado como crime (homicídio, concussão, estupro, tráfico de drogas etc.). Independente da apuração penal, o Comandante Geral pode instaurar o processo interno por fato ofensivo à honra pessoal, o pundonor militar e ao decoro da classe se possuir elementos suficientes.

A Praça pode ter sua conduta avaliada duas vezes, uma pelo processo administrativo e outra depois de eventual condenação com trânsito em julgado no processo de perda de Graduação perante o tribunal competente.

Na seara administrativa a decisão da autoridade competente é soberana quanto aos aspectos de mérito, só podendo ser avaliada no judiciário por questões de ilegalidades no processo.

Na discussão da constituinte de 1988, as associações de Praças que lutaram para inserir na Constituição Federal o dispositivo do artigo 125, § 4º não imaginava uma situação assim. As Praças queriam processo idêntico ao dos oficiais, ou seja, igual ao Conselho de Justificação, que embora se inicie administrativamente termina, inevitavelmente, chegando ao Tribunal competente para manifestar sobre a perda do Posto ou Patente.

Na situação atual, a perda da Graduação e, conseqüentemente, do Cargo Militar pode ser avaliada em dois momentos, dependendo do caso, uma na via administrativa, mediante Conselho de Disciplina e outra perante o Tribunal, mediante processo de Representação para perda da Graduação. Portanto, as eventuais práticas irregulares das Praças possuem formas legais de controle, tanto no âmbito interno, como no âmbito externo.

## **12. Conclusões**

Conforme mostrou Álvaro Lazzarini, a introdução de tal dispositivo na Constituição Federal de 1988 (art. 125, § 4º) foi feita de maneira absolutamente consciente pelo Constituinte e ele pretendia igualar oficiais e Praças no que diz respeito ao julgamento pelo Tribunal competente em caso de perda de Posto e Patente do oficial ou Graduação das Praças.

Por isso, os tribunais, logo nos inícios das discussões, ocorridas no final da década de 1980, ao analisarem os casos concretos, deveriam ter aplicado a eles a vontade do Poder Constituinte originário. Eventuais irresignações contra o dispositivo constitucional deveria ter sido feito na forma constitucional (Emenda Constitucional ou Ação Constitucional de Controle Abstrato). Não obstante essa opinião, a posição do STF liderada pelo Acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence (Recurso Extraordinário n. 121.533-0) pouco depois da promulgação da Constituição, que limitava a vitaliciedade da Praça aos casos de condenação por crime militar a pena superior a dois anos a pena privativa de liberdade merece calorosos parabéns.

Primeiro, porque tal decisão concedia eficácia ao dispositivo constitucional e, ao mesmo tempo, restringia o alcance dele, de forma a manter relativa diferença entre Oficiais e Praças, nos processos de Perda de Posto e Patente ou Graduação, conforme o caso.

Segundo motivo, sob o aspecto jurídico, a decisão é bastante coerente. Como o dispositivo constitucional (art. 125, § 4º) foi inserido no artigo que tratava da competência da justiça militar, logicamente se pensou que a perda da Graduação nele especificada referia-se aos casos de condenação por crime militar. Por isso o entendimento dos Tribunais de Justiça que limita o julgamento da perda de Graduação das Praças pelo Tribunal competente apenas aos casos de crime militar, com pena superior a dois anos parece o mais adequado.

O terceiro motivo de elogio à decisão exarada no Recurso Extraordinário n. 121.533-0 foi à rapidez do pronunciamento judicial. O processo foi julgado em Plenário em 26/04/1990, ou seja, data bem próximo da promulgação da Constituição, realçando o respeito ao princípio da duração razoável do processo.

Por outro, quanto ao novo posicionamento do STF contido no julgamento do RE 447.859/MS apresenta diversos inconvenientes. Primeiramente, ele retira toda a eficácia do art. 125, § 4º, porque, de acordo com esse novo entendimento, não há necessidade de pronunciamento do Tribunal competente em nenhum caso, nem mesmo nos crimes militares, com condenação a pena superior a dois

anos. Enfim a nova decisão defende a aplicabilidade do artigo 102 do CPM em relação às Praças das Forças Auxiliares tal como ocorria anteriormente. Em outras palavras é o retorno do *status quo* anterior à promulgação da Constituição de 1988.

É evidente que a decisão do STF, que tramita há treze anos naquela Corte, sem decisão definitiva (pois pendente de julgamento de Embargos de Declaração) trará repercussões na rotina dos tribunais, inclusive em alterações normativas internas, principalmente porque o processo de perda de Graduação já consta no regimento interno de quase a totalidade dos tribunais.

Tal mudança repentina de posicionamento em assunto de tamanha importância causa insegurança jurídica aos operadores do direito, principalmente pelo motivo do dispositivo constitucional (art. 125, § 4º) encontrar-se presente no mundo jurídico desde 5 de outubro de 1988, sem revogação ou contestação por meio de controle abstrato, portanto, com todo o status de norma constitucional de eficácia imediata.

Voltar simplesmente à situação jurídica anterior à constituição é esquecer trinta anos de amadurecimento jurídico sobre o assunto, é um retrocesso da evolução do pensamento, é um prejuízo inimaginável para as Praças.

É bem verdade que as Praças não obtiveram a vitaliciedade tal como pensada por Álvaro Lazzarini, ou seja, em todos os casos, quer seja quando o ato praticado configure mero ilícito administrativo, quer seja crime. Contudo mesmo a vitaliciedade das Praças estar circunscrita aos casos de condenação criminal por crime militar a pena superior a dois anos, ainda assim ela surte poderosos efeitos na vida militar da Praça. Nesse caso, impede a exclusão da Praça como simples decorrência de uma condenação sem análise de um juízo de valor pelo Tribunal competente. Ou seja, a exclusão somente pode ocorrer depois de o caso ser analisado por um Tribunal imparcial, sem quaisquer interferências externas, analisando inclusive aspectos subjetivos do militar, como por exemplo, os relevantes serviços prestados, a dedicação ao serviço, além de aspectos intrínsecos do caso analisado.

Lembre-se que a maioria dos crimes cometidos pelas Praças ocorre em serviço (crime militar), geralmente por abusos que elas praticam durante atos de serviço, como por exemplo, excessos na utilização da força ao conter criminosos. Por isso, a perda automática da Graduação, com a consequente exclusão da Corporação, nos termos do artigo 102 do Código Penal Militar, não parece a solução mais adequada e longe da intenção do Constituinte de 1988, quando inseriu naquela Constituição o artigo 125, § 4º.

### 13. Referências bibliográficas

ACRE, TJAC. **Processo n. 0000372-67.2008.8.01.0000**; Órgão julgador: Tribunal Pleno Jurisdicional Relator: Samoel Evangelista; Comarca: Tarauacá; julgamento: 28/01/2009.

\_\_\_\_ JAC. **Processo n. 0000166-48.2011.8.01.0000**; Órgão julgador: Câmara Criminal Relator: Arquilau de Castro Melo; Comarca: julgamento: 19/05/2011.

ASSIS, Jorge César. **Comentários ao Código Penal Militar**, 7ª ed. Curitiba, Juruá, 2010, p. 230.

BRASIL, STF. **Recurso Extraordinário 121.533** – MG, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 26/04/1990.

\_\_\_\_ STF. **Recurso Extraordinário 197.649** – SP, Relator Carlos Veloso, Plenário, DJ 22/08/1997.

\_\_\_\_ STF. **Recurso Extraordinário 227.312** – SP, Relator Maurício Corrêa, 2ª Turma, 07/08/1998.

\_\_\_\_ STF. **Recurso Extraordinário 219.402** – PR, Relator Moreira Alves, 1ª Turma, DJ, 16/10/1988.

\_\_\_\_ STF. **Recurso Extraordinário 203.254** – SP, Relator Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 06/08/1999.

\_\_\_\_ STF. **Recurso Extraordinário 199.800** – SP, Relator Ministro Carlos Veloso, Plenário, DJ 04/05/2001.

\_\_\_\_\_STF. **Súmula 673**. Sessão Plenária de 24/09/2003, Fonte de Publicação: DJ de 09/10/2003.

\_\_\_\_\_STF. **Recurso Extraordinário 358.961**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 12-03-2004 PP-00043 EMENT VOL-02143-05 PP-00971.

\_\_\_\_\_STF. **Recurso Extraordinário 447.859** - MS, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 20/08/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris: 2010, p. 756.

DISTRITO FEDERAL, TJDF. **Acórdão n. 72275**, RIO793, Relator: Hermenegildo Gonçalves Conselho Especial, publicado no DJU 14/09/1994.

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

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331.

GOIÁS, TJGO, **Representação n. 82202-57.2013.8.09.0000**, Rel. DES. J. Paganucci JR., 1ª Câmara Criminal, julgado em 29/08/2013, DJe 1382 de 09/09/2013.

\_\_\_\_\_TJGO.**Representação n.270492-90.2012.8.09.0000**, Rel. Des. Joao Waldeck Felix de Sousa, 2ª Câmara Criminal, julgado em 21/11/2013, DJe 1438 de 02/12/2013.

LAZZARINI, Álvaro, **Vitaliciedade de Servidores Militares Estaduais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 205: 95-108, jul./set. 1996, p. 99.

MATO GROSSO DO SUL, TJMS. **Revisão Criminal n. 2011.034903-0/0000-00** - Dourados, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgamento: 13/03/2012.

MATO GROSSO, TJMT. **Ap 62925/2009**, DES. José Jurandir de Lima, Terceira Câmara Criminal, publicado no DJE 03/02/2011.

MINAS GERAIS, TJM-MG.**Representação para Perda de Graduação n. 0000057-12.2014.9.13.0000**, Relator Juiz Jadir Silva, publicação12/06/2014.



\_\_\_\_\_TJM-MG.**Representação para perda de Graduação n. 0800065-82.2016.9.13.0000**, Relator Juiz Rúbio Paulino Coelho, Julgamento: 14/12/2016.

PARANÁ, TJPR - 2ª C. Criminal em Composição Integral - **RCACI - 609803-9** - Curitiba - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - J. 22.04.2010.

\_\_\_\_\_TJPR - 1ª C. Criminal - **CJ - 654517-3** - Curitiba - Rel.: Luiz Osório Moraes Panza - Unânime - J. 20.01.2011.

\_\_\_\_\_TJPR. **Apelação Crime n. 768740-3**, NUP: 0016613-94.2007.8.16.0013, relator: Juiz de Direito Subst. em 2º Grau Marcos S. Galliano Daros, Disp. 23/02/2012.

\_\_\_\_\_TJPR - 1ª C.Criminal em Composição Integral - **CJ - 876941-7** - Curitiba -Rel.:Naor R. de Macedo Neto - Unânime - J. 05.06.2014.

\_\_\_\_\_PMPR. **Boletim-Geral n. 091** de 15 maio 12 - Aj. Geral -, f. 10-12.

\_\_\_\_\_PMPR. **Boletim-Geral nº 020** de 29 jan. 14 - Aj. Geral, f. 22-25.

PERNAMBUCO, TJPE. **Rep. p/ Perda da Graduação 472542-00001475-50.2017.8.17.0000**, Rel. Marco Antônio Cabral Maggi, Seção Criminal, j Dje 31/05/2018.

RIO GRANDE DO SUL, TJM/RS. **Representação para perda da graduação nº 100058-50.2017.9.21.0000**, Relator: Sergio Antônio Bernide Brum. Julgado em 07/06/2017.

\_\_\_\_\_ TJM/RS. **Embargos Infringentes n. 1000265-49.2017.9.21.0000**. Redator: Juiz Militar Sérgio Antônio Berni de Brum. j.: 29/11/2017.

RONDÔNIA, TJRO. **Reclamação n. 2103347-47.2001.822.0501**, Rel. Des. Valdeci Castellar Citon, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2009. publicado no Diário Oficial em 06/01/2010.

\_\_\_\_\_ TJRO. **Apelação n, 0017880-33.2011.822.0001**, Rel. Des. Gilberto Barbosa, 2ª Câmara Especial, publicado no Diário Oficial em 04/06/2013.

SANTA CATARINA, TJSC. **Perda de Graduação n. 2009.025279-2**, de Ibirama, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Seção Criminal, j. 25-02-2010.

\_\_\_\_\_ TJSC. **Perda de Graduação n. 2011.021565-0**, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Seção Criminal, j. 24-04-2013.

SÃO PAULO, TJM-SP. **Perda de Graduação de Praça n. 001443/2015**, Relator: Juiz Avivaldi Nogueira Junior, Órgão Julgador: Pleno, Julgamento: 02/09/2015.

#### NOTAS:

[i] Constituição Federal, Art. 142 [...] VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar apenas privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). [...].

[ii] Constituição Federal, art. 42[.....] § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98). [...].

[iii] Constituição de 1824; art. 149; Constituição de 1891, art. 74; Constituição de 1934, art. 165; Constituição de 1937, art. 160; Constituição de 1946, art. 182; Constituição de 1967, art. 94; Constituição na redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, art. 93 e a Constituição de 1988, art. 142, § 3º, I.

[iv] Praça é a denominação dada aos militares que possuem Graduação (níveis mais baixos da hierarquia militar) como grau hierárquico. Diferencia-se do Oficial, que possui Posto (níveis mais elevados) como grau hierárquico. As praças das forças auxiliares são o Soldado, o Cabo, o Terceiro-Sargento, o Segundo-Sargento, o Primeiro-Sargento, o Subtenente, o Cadete das escolas de formação de oficiais e o Aspirante a Oficial. Nas Forças Auxiliares o Oficialato compreende o Segundo-Tenente, o Primeiro-Tenente, O Capitão, o Major, o Tenente-Coronel e o Coronel. Não existem nas Forças Auxiliares os Oficiais Gerais, postos privativos das forças federais.

[v] Código Penal Militar, Art. 102. A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas.

[vi] Código Penal Militar, art. 107. Salvo os casos dos arts. 99, 103, nº II, e 106, a imposição da pena acessória deve constar expressamente da sentença.

[vii] **Crime comum:** São aqueles previstos no Código Penal e legislação extravagante, praticado pelo militar quando age sem qualquer relação com o cargo ou serviço militar.

[viii] **Crime militar.** São aqueles previstos no artigo 9º do Código Penal Militar. A Lei n. 13.491, de 2017 realizou uma revolução inesperada no conceito de crime militar ao considerar como tal não somente aqueles previstos no CPM (como sempre ocorreu), mas também todos os previstos na legislação penal comum, quando praticados por militar numas das situações descritas no artigo 9º, inciso II do CPM.

[ix] Constituição Federal, Art. 42 [.....]. § 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

[x] Tal princípio postula a ideia simétrica (igualdade de tratamento ou formas) entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas nas Constituições Estaduais, e mesmo Municipais, respeitadas a autonomia de cada ente federativo.

[xi] Código Penal, Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

[xii] Art. 40. O Órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, julgando o militar estadual culpado e incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá, conforme o caso:

I - se oficial, declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; II - se praça, determinar a perda da graduação.

Art. 41. Após o trânsito em julgado, o processo será encaminhado ao Governador do Estado para a edição do ato referente à perda do posto e da patente do oficial. No caso de praça, a remessa dar-se-á ao Comandante-Geral para a adoção das providências referentes à perda da graduação.

[xiii] No Estado do Paraná, a Apuração Disciplinar de Licenciamento (ADL) é destinada a julgar a capacidade de praça ativa ou inativa, com menos de 10 (dez) anos de serviço prestados à Corporação, na data do fato, para permanecer, nas fileiras da PMPR, na condição em que se encontra e o Conselho de Disciplina (CD) é destinado a julgar a capacidade de praça especial ou de praça, ativa ou inativa, com mais de 10 (dez) anos de serviço prestados à Corporação para permanecer, nas fileiras da PMPR, na condição em que se encontra nos termos do artigo 4º, incisos I e II da Lei 16.544/2010. A diferença dos processos reside na sua formatação, enquanto o CD é formado por no mínimo um Oficial Intermediário (Capitão), como Presidente e mais dois membros, sendo um Oficial mais moderno que o Presidente, podendo ser indicado um Primeiro-Sargento ou Subtenente, como terceiro membro; o ADL é formado por um Oficial da ativa, como Presidente e um Primeiro-Sargento ou Subtenente apenas. No CD existe uma votação sobre a procedência ou não das acusações e no ADL apenas um relatório do Presidente.

## PODER DE POLÍCIA: PROPORCIONALIDADE E ABUSO DE PODER

**FABIANA BARBOSA SIQUEIRA:** Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes; graduada em Direito pela Universidade de Itaúna; Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**RESUMO:** A administração pública para o estágio de suas atividades e com a intenção de conseguir o bem comum precisa fazer uso de determinados poderes a ela essenciais, dentre estes se realça o Poder de Polícia. Este artigo traz a finalidade de praticar uma abordagem a respeito do poder de polícia administrativa, delimitando-se ao uso da proporcionalidade na direção de ações excessivas e abusivas no que diz respeito a esse poder. Observou-se que o estágio do poder de polícia necessita cursar em sinergia com o princípio da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento dos interesses coletivos, passíveis de controle por via judicial, a exemplo do mandado de segurança. Conclui-se que a autoridade passa sim por limitações ainda quanto ao objeto, ou meio de ação, mesmo quando a lei lhe dê diferentes alternativas aceitáveis. Dessa forma, tem-se assim a aplicação do princípio de direito administrativo da proporcionalidade dos meios aos fins, significando que o poder de polícia não necessita ir além do necessário para o contentamento do interesse público que tende proteger.

**Palavras-chave:** Proporcionalidade. Polícia Administrativa. Poder de Polícia.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências.

---

### 1 - Introdução

A partir do período em que o homem passou a permanecer em sociedade, foi necessário estabelecer cláusulas e preceitos para se condicionar o bem-estar da coletividade. Para obter essa finalidade, foram alcunhadas as Constituições e as

leis infraconstitucionais, dando aos moradores da cidade diferentes direitos, mas o exercício desses direitos precisaria ser combinado com o bem-estar social.

O uso da liberdade e da propriedade necessitaria estar entrosado com o bem coletivo, para que não aludisse em um empecilho à realização dos fins públicos. Foram deste modo, acondicionados aos direitos individuais abertamente nas leis, e quando a lei não se refere a determinado direito ou limitação a esse direito, compete a Administração Pública distinguir e investigar.

O Poder de Polícia do Estado se acha solidificado por meio dos Órgãos Policiais. O artigo 144 da Constituição Federal de 1988 enumera as Instituições Policiais que totalizam a Segurança Pública em cada um de seus estados. Já os parágrafos do citado artigo deixam expressas as pertinências e competências de cada órgão policial. Diante da simples apreciação do artigo 144 resta claro o fim do constituinte em estabelecer em nosso ordenamento jurídico a Polícia Judiciária bem como a Polícia Administrativa.

A Administração para o estágio de suas atividades e com a intenção de conseguir o bem comum precisa fazer uso de determinados poderes a ela essenciais, dentre estes se realça o Poder de Polícia. Este poder tem por fim reduzir ou restringir o uso e o gozo de bens, atividades ou direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

O poder de polícia deposita em questão a dicotomia: o cidadão com a vontade de desempenhar seus direitos e a Administração com o múnus de realizar o exercício desses direitos, utilizando-se de seu poder de polícia. Infere-se que a Administração se combina em caráter de supremacia frente aos administrados, haja vista que tal poder a ela conferido fundamenta-se na predominância do interesse público. De um lado um conjugado de direitos garantidos aos administrados catalogados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade, do outro, a precisão da Administração de diminuir tais direitos – pois estes não são sem fim – para se alcançar o bem estar social e o próprio interesse público.

Na Constituição presente foi estabelecido uma série de direitos individuais e coletivos que necessitam ser agasalhados e admissíveis pelo Estado, no entanto a utilização abusiva e descomedida desses direitos impediriam, por certo, o entrosamento social. O regime de liberdades públicas em que se vive garante o uso normal dos direitos individuais, mas não permite o abuso. A sociedade é um ente maior e aglutinador, necessidades que compensam com os direitos de cada elemento. Desta forma, a sociedade só se concilia por meio de medidas restritivas e disciplinadoras de tais direitos demonstradas pelo poder de polícia da Administração Pública.

O Poder de Polícia no Direito Administrativo e no Estado Democrático de Direito é o poder de governo, dentro da licitude, reservado a condicionar a liberdade e a propriedade aos interesses coletivos. Obedece, no ordenamento jurídico brasileiro, a atos do legislativo e do executivo dedicados a este fim. É uma consequência do poder de império do Estado, mas ajustado com a exata legalidade do Estado de Direito e com a responsabilidade política do regime republicano, é caracterizado pelo papel do órgão realizador destes princípios do Estado e ao mesmo tempo instrumento concentrado por estes princípios.

O presente trabalho tenta apontar, não pretendendo consumir tal questão, que a Administração Pública no seu fim de alcançar o bem comum utiliza-se de privilégios que lhe são imputados como o poder de polícia. O que se deseja constatar que o uso de tal poder necessita ser conduzido por limites impostos pelo ordenamento jurídico no sentido de resguardar direitos dos administrados, evitando-se descomedimentos e arbitrariedades.

Este artigo ainda traz a finalidade de praticar uma abordagem a respeito do poder de polícia administrativa, delimitando-se ao uso da proporcionalidade na direção de ações excessivas e abusivas no que diz respeito a esse poder.

## **2 - Desenvolvimento**

Quase que todo o Direito Administrativo trata de temas em que se colocam em tensão dois aspectos contrários: a liberdade individual e a autoridade

da Administração Pública. Quando se trata de “poder de polícia”, de forma bem viva se assentam em confrontação esses dois aspectos: de um lado, o cidadão que quer desempenhar inteiramente seus direitos; de outro, a Administração pública, que tem por obrigação condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar grupal, e ela faz isso usando seu poder de polícia. (BANDEIRA DE MELLO, 1997)

Conforme Cooley (1995):

O poder de polícia (police power), em seu sentido extenso, envolve um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado procura não só poupar a ordem pública senão ainda constituir para a vida de relações dos cidadãos aquelas normas de boa conduta e de boa vizinhança que se julgam indispensáveis para impedir conflito de direitos e para avaliar a cada um o gozo continuado de seu próprio direito, até onde for razoavelmente combinante com o direito dos demais.

No conjunto do Estado Democrático de Direito, poder de polícia pode ser visto como sendo o privilégio atribuído a Administração Pública que lhe consente reduzir e condicionar a liberdade e a propriedade, com vistas a impedir abusos que venham causar lesão para a coletividade. Vale-se, nessa empreitada, a Administração de meios próprios, nos limites da lei, para restringir os atos lesivos e impor penas previstas em lei. Nessa direção, é a palavra do mestre Carvalho Filho (2008):

De nossa parte, cremos que se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, possibilita a Administração Pública a reduzir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do empenho da coletividade.

O baseamento da atribuição do poder de polícia está situado no ligame geral, vivente entre a Administração Pública e os administrados, que permite o



condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público. Do mesmo entrosamento comunga Melo (2002) ao garantir:

O poder expressável por meio da atividade de polícia administrativa é o que procede de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contra face de seu dever de apresentar efetivação a estas leis. Para cumpri-lo não pode passar de cumprir autoridade – nos termos destas mesmas leis – indistintamente sobre todos os cidadãos que fiquem sujeitos ao comando destas leis. Daí a "preeminência geral" que lhe compete.

Nas expressões do professor Bittencourt (2005), poder de polícia é "a atividade administrativa que acondiciona o estágio das liberdades individuais em benefício do interesse da coletividade". O baseamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado.

A discricionariedade refere-se ao cabimento e a oportunidade de atuar do administrador que precisa avaliar (dentro da lacuna legal) a precisão da mediação estatal, se é o período cabível e o "quantum" da interferência para fazer chegar a normalidade social. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o atribui, normalmente não se funda o modo e as condições da prática do ato de polícia, entretanto, quando assim formar, o ato de polícia ficará vinculado ao estrito implemento da norma que definiu a forma de atuação e o seu teor, pois agindo em desconformidade ficará o administrador cometendo arbítrio. Discricionariedade não se embaraça com arbitrariedade. Aquela é liberdade de atuar dentro dos limites da lei, esta é ação fora (desvio de poder) ou excedente da lei (excesso de poder). (MEIRELES, 1995)

Os atos discricionários são os que a Administração faz com certa margem de liberdade, podendo analisar ou determinar segundo um critério que seja mais adequado ou cabível, ainda que adstrito a lei. Por outro lado, os vinculados são aqueles que não consentem margem de liberdade ao administrador, pois são

cometidos por meio de um único procedimento previsto em lei, não permitindo qualquer mediação subjetiva. Os discricionários são exercidos pela Administração com liberdade de escolha, tanto de conteúdo, como de destinatário, conveniência, chance e modo de prática, ao passo que os vinculados a lei forma os requisitos e as espécies de sua concretização. (MELLO, 2002)

Uma vez formada a diferença entre os atos administrativos vinculados e discricionários, é imprescindível conceber se os atos exercidos pela Administração, utilizando-se do poder de polícia é discricionário ou regrado. Existe uma polêmica na doutrina quanto à diferenciação do poder de polícia, se vinculado ou discricionário. Ao que parece a diferença está no aspecto que é dado a ação administrativa. Reveladora são as expressões de Carvalho Filho (2008) quanto a esta polêmica:

Quando traz a lei diante de si, a Administração pode levar em apreço à área de atividade em que vai atribuir a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o teor e a dimensão das limitações [...]. Sem imprecisão que nesse tempo a Administração atua no exercício de seu poder discricionário [...] O inverso acontece quando já está definida a grandeza da limitação. Nessa suposição, a Administração terá que de cingir-se a essa dimensão, não podendo, sem alteração da norma restritiva, ampliá-la em detrimento dos sujeitos. A ação, por via de consequência, se marcará deste modo como vinculada [...].

Os limites do poder de polícia podem ser localizados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, devendo reverenciar aos direitos fundamentais do indivíduo, deixando viva a preponderância das sujeições da Administração Pública em face das prerrogativas. Deste modo, se a autoridade exagerar no permitido em lei acontecerá o abuso de poder, corrigível judicialmente. Nessa acepção, o ato de polícia, sendo conformado como ato administrativo, fica sujeito ao cancelamento pelo poder judiciário, quando cometido com excesso ou desvio de poder. (MAFFINI, 2008)

A atividade administrativa em disciplina de polícia, como em qualquer outro setor, precisa ser focalizada e demarcada pelo princípio da legalidade, isto é, ação da Administração regulada por lei. Dessa forma, "é bem de ver-se que a Administração tem faculdade de interferir somente no âmbito definido pela norma jurídica. Qualquer medida, qualquer decisão administrativa tem de estar de acordo com a lei. (FARIA, 2007)

Outra questão a ser discutida é até que ponto as liberdades dos sujeitos podem ser restringidas, ou até mesmo eliminada, pela regulamentação policial. É sucinto que exista uma baliza, que não deve ser desconhecida, que conjecture a junção do poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos essenciais garantidos em sede constitucional aos indivíduos. Assim, "agir aquém dessa linha demarcatória é resignar ilegitimamente a poderes públicos; agir além dela importa arbítrio e abuso de poder [...]" (CARVALHO FILHO, 2008). O poder de polícia não precisa ser todo-poderoso, irreprimível, mas delimitado, não podendo atentar contra liberdade e a propriedade. Assim sendo, a regulamentação policial não precisa ser exagerada ou inútil a ponto de conformar um abuso de poder, prática condenável e dissonante com o Estado Democrático de Direito. Não satisfaz que a lei permita a ação coercitiva, é sucinto que seja imprescindível e nos limites da razoabilidade e proporcionalidade. Nessa marca, convém enfatizar as palavras de José Cretella Júnior: (1999)

[...] Não chega que a lei permita a ação coercitiva da autoridade para alegação do ato de polícia. É indispensável, ainda, que se objetivem condições materiais que promovam ou indiquem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na combinação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de garantir a ordem social.

Porém, o Poder de Polícia não é sem fim, assim como o poder estatal não é total. Os limites ao Poder de Polícia encontram-se na própria lei. Ele é discricionário, mas nunca poderá ser despótico, isto é, ao bel prazer do administrador. O primeiro limite do Poder de Polícia encontra-se na sua própria

finalidade – o bem comum. Se não existir esse fim não há porque reduzir os direitos dos cidadãos. Muitas vezes determinados dispositivos legais acoplam a atividade do administrador que, daqueles processos não poderá se furtar. Há também os limites das penalidades que necessitarão ser adequados à infração cometida. (MEIRELES, 1995)

Sabe-se que o princípio da proporcionalidade traz por baseamento o princípio da igualdade, apesar disso, ambos visam garantir a justa medida e o balanceamento dos atos do Estado, pressupondo uma base comum da racionalidade, não precisam ser confundidos. Na proporcionalidade em sentido estrito a Administração confronta um ato com os objetivos por ela visados, ou seja, considera uma relação meio e fim, ao passo que no princípio da igualdade há uma relação de meio e fim, mas sua conferição se produz entre dois ou mais atos administrativos. (SIMOES, 2010)

Ao exercer os atos de polícia a Administração, respeitando os direitos fundamentais dos administrados, precisa dispor do poder de coerção demarcado na proporcionalidade. Esta magnitude diz respeito à extensão e a profundidade do ato para a obtenção da intenção da Administração, o interesse público. Não se aceita a coerção pelo agente administrativo quando desnecessária. Dessa forma, "não havendo proporcionalidade entre a medida tomada e o fim a que se reserva, incidirá a autoridade administrativa em abuso de poder e tentará a anulação da medida na via judicial, até mesmo por meio de mandado de segurança". (FARIA, 2007)

Quanto ao objeto, ou seja, o teor, a autoridade passa por limitações, mesmo quando a lei lhe dê diferentes escolhas aceitáveis. Aplica-se aqui o princípio da proporcionalidade entre meios e fins, ou seja, o poder de polícia não precisa ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa resguardar. Sua intenção não é extinguir os direitos individuais, mas, ao oposto, garantir o seu exercício, condicionando-o ao bem estar social. (MORAES, 1999)

A observação do princípio da proporcionalidade é fator limitante ao exercício do poder de polícia. O exercício desproporcional da atividade administrativa leva perda ao administrado, em face do excesso de poder

cometido, revelando a falta do exato interesse coletivo a ser caçado, consubstanciando a ilegalidade que merece alinho. Exemplo característico de ofensa ao princípio da proporcionalidade é o uso elevado de violência por parte da polícia em campo esportivo, quando agentes policiais que necessitariam exercer a ordem e a segurança do evento, espancam torcedores sem qualquer discernimento. A violência excessiva é comportamento desproporcional, devendo os culpados sofrerem as devidas responsabilidades. Com o objetivo de cristalizar ainda mais o princípio em comento como limitador do poder de polícia, vale ressaltar o exemplo apresentado na doutrina de Gasparini (2008):

A inobservância dessa proporcionalidade é demonstrada na prisão de motorista que não trazia carteira de habilitação, quando satisfazia somente a apreensão do veículo, ou na proibição de espetáculo teatral, quando seria aceitável fixar o limite mínimo de idade dos espectadores para acolher à moralidade social, ou, ainda, na interdição de uma indústria, dado que um de seus fornos corrompe a atmosfera, quando era satisfatório, para eliminar o mal, a interdição do equipamento poluidor [...].

Garante Antunes in Simões (2010) que o princípio da proporcionalidade "veio consentir a mudança do princípio da legalidade em princípio da juridicidade – regulador de toda a atividade administrativa – e com isso a renúncia de um positivismo que tantas vezes nos apresenta o entrosamento monolítico do interesse público". Pode-se dizer que trouxe uma maior flexibilidade na análise das decisões do administrador público – seja por meio do controle administrativo ou jurisdicional ao serem ponderados os motivos de fato e de direito que levaram àquela atitude, diante de um caso concreto.

O princípio da proporcionalidade determina estabilização nas medidas tomadas pelo poder público, não podendo o agente público tomar providências mais claras do que as imprescindíveis nos casos concretos, sob pena de invalidação, por desobedecer a finalidade legal, e, portanto a própria lei, que tem por desígnio atender ao interesse público. Cabe ressaltar, ainda, que os atos

exercitados pelos agentes administrativos necessitam estar de acordo com os princípios da Administração, eliminando qualquer prática abusiva e arbitrária, devendo sempre estarem catalogados não só no princípio da legalidade, pois a moralidade administrativa e o interesse coletivo condicionam a legalidade dos atos, mesmo que discricionários. (CARVALHO FILHO, 2004).

### **3 - Conclusão**

A importância desse artigo residiu em marcar que o poder de polícia não é sem fim e discricionário, mas a ação dos agentes da Administração é que pode ser discricionária ou vinculada, desde que praticada com respeito ao princípio da proporcionalidade.

Perante as importâncias expostas, o estágio do poder de polícia deve estar em sinergia com o princípio da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento dos interesses coletivos, passíveis de controle por via judicial, a exemplo do mandado de segurança.

Deste modo, a prática legal do poder de polícia não traz, em qualquer conjectura, um dever indenizatório, pois se trata de dever do Estado de cuidar da sociedade. Apenas o descumprimento deste dever de realizar as limitações indispensáveis, seja por omissão ou por excesso, é que determina a responsabilização extracontratual do Estado. Daí a grande importância da proporcionalidade nos atos de polícia administrativa, de modo a condenar os abusos de tal poder, abusos tais que tanto se ouve falar no Brasil.

A partir do exposto podemos verificar o quanto expressivo é o poder de polícia para a administração pública, visto que é diante deste instituto que a administração consegue formar e manter a sociedade num estado de cooperação, visando sempre a paz e o desenvolvimento da coletividade.

Em conclusão, verificou-se que a autoridade passa sim por limitações ainda quanto ao objeto, ou meio de ação, mesmo quando a lei lhe dê diferentes alternativas aceitáveis. Dessa forma, tem-se que a aplicação do princípio de direito administrativo da proporcionalidade dos meios aos fins significa que o

poder de polícia não necessita ir além do necessário para o contentamento do interesse público que tende proteger, a sua intenção não é extinguir os direitos individuais, mas assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem estar social, só podendo reduzi-los quando estiverem em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

#### 4 - REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*. In: Revista Trimestral de Direito Público, v. 20. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 25

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. rev., ampl. e atualizada até 15.07.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Ed. n. 11. Rio de Janeiro, 2004.

COOLEY, *Constitutional Limitation*, Nova York, 1903, p. 829, citado por Hely L. Meireles em *Direito Administrativo Brasileiro*, 1995.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Do poder de policia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. rev. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed., 1995. Editora Malheiros.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ref. ampl. atual até a Emenda Constitucional 19. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SIMÕES, Natalia Mascarenhas. *Princípio da legalidade e da proporcionalidade como limites à discricionabilidade administrativa*. Ordenamento jurídico brasileiro e português. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2429, 24 fev. 2010.



## **A ABORDAGEM RESTAURATIVA: UM CONTRAPONTO COM A JUSTIÇA RETRIBUTIVA**

**PATRÍCIA NAPOLEÃO DE OLIVEIRA:** Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários)

**RESUMO:** O Sistema punitivo atualmente vigente no âmbito jurídico baseia-se no cárcere como sanção e conseqüente instrumento hábil a retribuir e restaurar o agente delituoso. Por outro giro, os ideais punitivos vão cedendo lugar aos ideais restaurativos, especialmente no tocante aos crimes de menor gravidade. O presente trabalho apresenta a Justiça Restaurativa como uma opção viável à aplicação da Justiça Retributiva, sistema exclusivamente punitivo que foca na atribuição de uma pena ao agente delituoso. Tenciona-se mostrar a ineficácia da Justiça Convencional no que tange à ressocialização do indivíduo e à satisfação da vítima, esta praticamente excluída do decurso da ação penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa. Sistema Carcerário.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. SISTEMA CARCERÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO. 2. COMPARATIVO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

Analisando a Justiça Penal brasileira, exclusivamente punitiva-retributiva, é de fácil percepção que esta não contribui para a ressocialização do infrator, assim como impede a vítima de participar ativamente no processo. Cumpre ressaltar que esse modelo punitivo desrespeita alguns dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, como a Dignidade da Pessoa Humana, podendo-se incluir a integridade física e moral dos presos.

O alto índice de criminalidade no Brasil aliado a um sistema carcerário sem estrutura para receber o condenado gera um descontrole no âmbito da política

criminal vigente. Superlotação das celas de cadeias em todo o país, além da falta de assistência do Estado, como um todo, representado pelo Legislativo, Executivo e Judiciário acentuam o caos que é a segurança pública e demonstra verdadeira ineficácia no que tange à restauração do agente delituoso.

A partir dessa constatação surgiu o interesse pela Justiça Restaurativa, sua origem e aspirações. Este artigo não visa apresentar soluções para a questão da acentuada criminalidade no país, tampouco demonstrar as benesses da Justiça Restaurativa a ponto desta substituir a Justiça Convencional. O que se pretende é comparar ambos os sistemas, apresentando as falhas e necessidades da Justiça Punitiva, assim como a real possibilidade de implementação da Justiça Restaurativa, como mais um meio para garantir o direito de acesso à justiça, princípio fundamental do *mandamus* constitucional vigente.

## **1. SISTEMA CARCERÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

No decorrer do convívio em sociedade, espera-se dos seus indivíduos o mínimo de civilidade e respeito às normas vigentes. Trata-se de uma regra básica para a manutenção da civilidade entre os membros societários. A partir do momento em que ocorre uma transgressão de tais normas, medidas são aplicadas pelo Estado. Entre tais medidas está a privação da liberdade do acusado.

Encarcerar o ofensor juntamente com outros diversos ofensores tem o condão de restaurar, de fazer o encarcerado arrepender-se do ato delituoso que cometeu, cumprindo a pena e retornando para o convívio social sem intenção de voltar a praticar crimes. Contudo, a realidade é completamente diferente. Da forma como está posto o sistema prisional atual, faz-se presente a reincidência e a desigualdade.

Conforme lição de Antonio Baptista Gonçalves, a pena foi criada com o intuito de ter um fim social, um caráter ressocializatório. Todavia, nada mais disso se observa nos presídios atualmente: um condenado hoje tem muito mais chances de continuar a delinquir do que voltar a ser um cidadão honesto e recuperado. [1]

As péssimas condições de sobrevivência nas cadeias, atrelada a superlotação e ao contato com os outros presos incentiva a indústria do crime. O acesso a aparelhos celulares e drogas facilita não somente a criminalidade dentro dos presídios, mas também fora. O caso mais comum engloba poderosos traficantes. Estes conseguem controlar suas facções e o tráfico de drogas, além de execuções, ainda que presos.

Nas palavras de Antonio Baptista Gonçalves: “A prisão se tornou uma verdadeira ‘indústria do crime’, na qual o preso continua a praticar atos danosos à sociedade, pois comanda o crime de dentro, e nada mais pode ser feito, por já estar aprisionado.” [2]

Antonio Baptista Gonçalves afirma ainda que o sistema carcerário atual não cumpre o papel de aplicação da pena:

O preso, em vez de ter espaço para se arrepender, obtém um ‘cursinho’ do crime, no qual tem verdadeiras aulas de aprimoramento em práticas danosas que lhe propiciam uma gama de novas formas delitivas, que podem ser aplicadas quando for posto em liberdade. Perde-se assim o caráter precípua de aplicação da pena: finalidade social e ressocializante. [3]

A organização dos presídios brasileiros, por exemplo, é representada por celas absurdamente abarrotadas de detentos, demonstrando desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. O nível de lotação das celas é tamanho, que há casos em que os presos precisam revezar a cama durante o período noturno. Os maus tratos e a falta de condições dignas de sobrevivência refletem a revolta dos encarcerados enquanto cumprem suas sentenças e quando são postos em liberdade.

No Brasil as prisões podem ser consideradas como um dos piores lugares em que o ser humano pode viver. Elas estão abarrotadas, sem condições dignas de vida, e menos ainda de aprendizado para o apenado. Os detentos por

essas condições se sentem muitas vezes desestimulados a se recuperarem e sem estima para a vida quando de sua volta à sociedade, dessa maneira quando a ela retornam continuam a praticar os diversos tipos de crimes. [4]

Sob o olhar de Drauzio Varella, em seu livro Estação Carandiru, a perda da liberdade e a restrição do espaço físico não conduzem à barbárie, diversamente do que muitos pensam. Os presos agem como os demais primatas, organizando regras de comportamento atinentes ao meio em que se encontram, na tentativa de regularizar as relações e preservar a integridade dos membros do grupo. Trata-se, pois, de um Código Penal não escrito, sendo o conceito de dignidade determinado por atos de lealdade e honestidade, como o pagamento de uma dívida assumida, o altruísmo recíproco, a não delação do companheiro. [5]

Ao conquistar a liberdade, seja porque cumpriu de fato toda a pena, seja por ter alcançado um regime mais brando, o indivíduo continua estigmatizado como delinquente, dificultando a ressocialização no meio. Ao recluso compete aprender a lidar com a sua condição e com as opiniões alheias. Interessante ressaltar que nem todos os condenados aprendem a lidar com a sua condição de recluso marginalizado e com os preconceitos do mundo externo. Cria-se um sentimento de revolta. Vera Raquel Aido Rodrigues ensina:

O tempo que estes indivíduos permanecem na instituição prisional é utilizado para o exercício de uma ação multifacetada que visa transformar o homem num produto final diferente, conforme os padrões comportamentais estabelecidos. Ao transporem os muros que os separam da sociedade livre, são confrontados com uma realidade diferente e desconhecida, com um novo sistema de organização e um modo de funcionamento ao qual tem que se adaptar obrigatoriamente. Quanto a entrada na instituição prisional, os indivíduos passam a fazer parte de um registro e deixam de ter um nome para passar a terem um número. Contudo, se há uns que aprendem a modificar o seu comportamento e a respeitar normas e regras da

sociedade, existem outros que saem tal forma revoltados que acabam por algum motivo reincidir. [6]

Estabelecer e manter uma boa organização penitenciária de modo a garantir a sobrevivência dos detentos é de extrema importância. Em 1955, durante o Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, foram adotadas as regras mínimas para o tratamento de reclusos, sendo estas aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.

Tais regras enunciam que presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados, as celas ou locais destinados ao descanso notório não devem ser ocupados por mais de um recluso, as acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação, bem como cada estabelecimento penitenciário deve dispor dos serviços de pelo menos um médico qualificado, possuidor de conhecimentos na área psiquiátrica.

Analisando o teor das aludidas determinações, dentre outras mais eleitas durante o Congresso das Nações Unidas, pode-se destacar o princípio da não discriminação dos reclusos e o incentivo à adoção de concepções diferentes àquelas tradicionalmente conhecidas a respeito do tratamento prisional.

Estabelecendo tais regras, a ONU acredita no direito do preso ao provimento de uma estadia digna. A pena deve ser cumprida com todo o rigor estabelecido pela legislação pátria, objetivando-se a proteção da sociedade e o arrependimento, a reflexão do infrator. Sobre o assunto, aponta Vera Raquel Aido Rodrigues:

Neste contexto, as Nações Unidas, embora reconheçam que a pena de prisão ou as medidas de privação da liberdade tenham como finalidade proteger a sociedade contra o

crime, têm em conta também que esta finalidade só pode ser atingida se o tempo em que estão privados de liberdade for aproveitado para assegurar que depois do seu regresso à sociedade os mesmos estão aptos a seguirem um modo de vida de acordo com a lei e que estão em condições de se sustentar a si próprio. Desta forma, o tratamento dos indivíduos que foram condenados a pena de prisão deve ter como objetivo criar neles aptidões que os tornem capacitados de viver no respeito da lei e de prover as suas necessidades. [7]

A partir do momento em que o ideal de punição adotado é o de infligir sofrimento ao preso, privá-lo de atendimento médico, de uma alimentação digna, de respeito e de uma acomodação mínima, a intenção de restaurar e ter um preso em plenas condições de abdicar das práticas criminosas, ao ser libertado, será em vão. Como já foi dito, essa rejeição só gera revolta e indignação, tornando o recluso apto à reincidência e a praticar crimes dentro da penitenciária, além de integrar rebeliões, gerando a fuga dos presos, morte destes e de agentes carcerários.

Segundo Michael Foucault, em *Vigiar e Punir*: “A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita.” [8]

Ressocializar aquele indivíduo sempre visto com um olhar de descrença dentro e fora do ambiente prisional é tarefa árdua. Cecília Bibiana Martins Silva afirma que o caráter socializador nem sempre é inerente dos detentos e ressalta a importância do apoio incondicional da família para o processo de readaptação:

A nosso ver, esta não é uma realidade que se verifique na população e agente socializador que são alvo da nossa abordagem. Os reclusos, no processo de ressocialização não têm, necessariamente, que se identificar afetivamente com o ‘pessoal socializador’, neste caso, técnicos especializados

nos ensinamentos a transmitir quer dentro do estabelecimento prisional quer já fora do mesmo. No entanto, acreditamos seriamente que o estabelecimento de uma relação de maior proximidade e confiança entre os socializadores e os alvos da (re)socialização, pode ser uma mais-valia no sucesso desse mesmo processo, assim como o apoio incondicional dos familiares e aqui sim, pessoas afetivamente próximas, pode desempenhar um papel decisivo no sucesso dos processos em causa. [9]

Logo, entende-se que os estabelecimentos prisionais não atendem seu fim social, dificultando a restauração e a ressocialização. Assim, a reincidência é vista como uma opção pelo recluso discriminado e marginalizado. Se a sociedade em geral não coopera, tampouco esforça-se para encaminhar os ofensores, crimes bárbaros continuarão a ocorrer, levantando uma grande falha da justiça retributiva ou convencional.

## **2. COMPARATIVO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA**

Analisando comparativamente o sistema retributivo e o sistema restaurativo, observam-se várias diferenças entre ambos os sistemas. O ideal de justiça é só um, contudo os valores, procedimentos, objetivos e atribuições dadas aos sujeitos participantes do conflito variam.

Inicialmente convém ressaltar a diferença procedimental entre as práticas punitivas e restaurativas. A justiça convencional vale-se de um ritual público e solene em que pertence ao Estado o monopólio e controle da justiça criminal. Aqui, se visa o interesse público, haja vista a prática do delito não afetar somente a vítima, mas também o Estado, a sociedade e seus interesses. Já a justiça retributiva utiliza-se de um ritual informal, comunitário, totalmente voluntário, envolvendo não só vítima e infrator, mas também demais membros da comunidade.

Para a justiça tradicional, vítima e ofensor são considerados e agem como adversários ou inimigos. Do início ao fim do processo penal, as partes envolvidas enfrentam-se. Cabe aqui à vítima oferecer uma queixa-crime, posto que perante o sistema penal vigente esta é a única forma de resolução do conflito. Para a justiça que tem como condão restaurar, as partes não são adversárias, tampouco inimigas. Acredita-se no diálogo e na exposição dos sentimentos, angústias e necessidades como a melhor forma de sanar o conflito. Corroborando com esse entendimento, Leonardo Ortegá:

Na justiça tradicional, os indivíduos situam-se numa arena como adversários. Já a proposta de justiça restaurativa dá um novo significado ao *locus* em que se situam a vítima e o ofensor, como de cooperação para se chegar a um objetivo razoável para ambas as partes. Em outras palavras, na justiça tradicional (retributiva), o indivíduo que se sente lesado por outro entra com uma queixa e assume novamente o papel de vítima. Esta deverá ser sua condição do início ao fim do processo para que alcance seu objetivo: culpar o ofensor. Nesse caso, percebe-se, no entanto, que há uma atuação contraditória por parte da vítima, a qual assume o objetivo de lesar, por sua vez, aquele que lhe havia lesado, assumindo, dessa forma, papel de ofensor, já aquele que havia cometido o delito, passa a ser vítima de seu próprio delito, ou ainda, vítima das ofensivas de seu adversário no processo. [10]

Os papéis, em verdade, invertem-se ao longo do processo penal. Quem inicialmente era vítima passa a assumir outra posição, haja vista querer lesar o ofensor em razão deste ter praticado o delito. Enquanto isso, o dito ofensor é visto como vítima de seu próprio delito.

Nesse contexto punitivo, o delinquente, mesmo na condição de acusado, é agraciado com diversas garantias penais, constitucionais e processuais, tudo isso tendo em vista a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana. No



caso da vítima, esta é despersonalizada e age como personagem secundária durante o trâmite processual.

Destacando o pensamento de Edgar Hrycylo Bianchini: No âmbito restaurativo, a vítima é um ser singular, sendo o ente que recebe a agressão a vítima direta do ato delituoso, e não o Estado. A vítima sente-se parte atuante do procedimento, sendo amparada e tendo suas necessidades compreendidas e atendidas. [11]

Logo, para a vítima, o processo restaurativo representa respostas que não são apresentadas pelo sistema convencional. É a passagem para uma nova etapa com o entendimento do ocorrido e com suas necessidades alcançadas. Trata-se de um procedimento em que são esclarecidas as motivações que levaram ao cometimento do crime – não a motivação jurídica, mas sim a motivação pessoal do infrator. [12]

Outra grande diferença entre os sistemas aqui discutidos está no foco, no objetivo e no resultado dessas práticas. De maneira geral, como os próprios nomes já enunciam, a justiça retributiva foca na punição do acusado, enquanto a justiça restaurativa foca na restauração das partes envolvidas.

A abordagem restaurativa tem como premissa maior restaurar as relações entre vítima, acusado e demais membros da comunidade. Acusar e culpar o ofensor não faz parte dessa abordagem. Edgar Hrycylo Bianchini destaca em sua obra *Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica* que esta nova abordagem do crime busca a restauração do status quo ante, mas não de forma absoluta, pois não intenciona apagar o fato. A restauração significa a retomada do equilíbrio abalado pelo crime. [13]

A Justiça Restaurativa visa ao restabelecimento do equilíbrio social, restauração do dano, recuperação da vítima, participação da comunidade e responsabilização do infrator. E para que isso aconteça, a Justiça Restaurativa atua

de maneira pessoal e com a possibilidade de diálogo, trazendo os envolvidos para interagirem no processo de responsabilização do delinquente, da retomada do controle pessoal da vítima e, ainda, para desenvolverem de forma participativa o processo de sancionamento com soluções alternativas que possam ser eficazes ao caso – as quais os integrantes se comprometam a realizar. [14]

Enquanto a função do sistema retributivo é julgar, afirmar a responsabilidade do acusado pela prática do ilícito penal e cominar uma pena, o sistema restaurativo auxilia o acusado na restauração e restituição dos prejuízos advindos do ato cometido.

Para a Justiça Convencional, o foco está na intimidação e na punição do infrator, devendo este ser afastado do regular convívio social. Cada parte envolvida no conflito responsabiliza-se, por meio de seu representante judicial, em promover sua defesa ou acusação, através do seu ponto de vista e daquilo que acredita ou tenta impor como verdade. Após esse jogo extremamente competitivo, logra êxito aquele que de fato provou a veracidade do seu discurso ou, na falta de provas concretas, o que melhor argumentou. Diante disso, o enfoque aqui é o de punir, castigar o acusado, seja encarcerando, seja aplicando medida socioeducativa ou prestações pecuniárias.

A punição é vista como uma forma de ressarcimento à sociedade pelos danos causados pelo infrator, conforme enuncia Antônio Baptista Gonçalves: “A condenação nos dias atuais serve como uma compensação à sociedade pelos danos causados, isto é, uma justificação moral da aplicação da pena e uma forma de retornar ao equilíbrio social existente, antes de o delito ser praticado.” [15]

Vejamos, então, a lição de Howard Zehr:

O sistema de justiça penal se preocupa com responsabilizar os ofensores, mas isto significa garantir que recebam a punição que merecem. O processo dificilmente estimula o ofensor a compreender as consequências de seus

atos ou desenvolver empatia em relação à vítima. Pelo contrário, o jogo adversarial exige que o ofensor defenda seus próprios interesses. O ofensor é desestimulado a reconhecer sua responsabilidade e tem poucas oportunidades de agir de modo responsável concretamente. [16]

Com esse enfoque punitivo, almeja-se a restauração do indivíduo, pois, através do castigo, o delinquente refletirá, acarretando, conseqüentemente, no seu arrependimento. Apesar de não atingir o seu fim de forma ampla, a pena possui sim um fim social, um caráter ressocializatório.

Salienta-se ainda a diferença entre os valores atribuídos pelo dois tipos de justiça aqui enfatizados. A justiça retributiva apega-se a um conceito puramente jurídico de crime, considerando que a prática de um delito caracteriza-se como uma violação da lei penal e como uma agressão ao Estado e a sociedade como um todo. O Estado, aqui, monopoliza a Justiça Criminal, ficando a cargo de julgar e punir os acusados.

A Justiça Restaurativa é flexível, abordando o crime de forma ampla. Não se trata de mais uma transgressão a lei, mas de uma desconfiguração das relações. O próprio infrator pode ser visto como vítima e o crime traz conseqüências diretas para a vítima, para o acusado e para a comunidade. O diálogo, focado no consenso, prevê uma troca de experiência entre todos que estão envolvidos no conflito.

Com vertentes, perspectivas e focos bem distintos, os sistemas diferem nos mais diversos aspectos. Percebe-se a ineficácia de um sistema convencional e burocrático, centrado nos ofensores e na aplicação de castigos, abrindo caminho para um modelo alternativo e restaurador, centrado nas necessidades das vítimas.

### **3. CONCLUSÃO**

Acredita-se que o sistema retributivo, baseado unicamente na punição, não contribui de forma eficaz para a ressocialização do agente delituoso. As vítimas

são vistas como personagens coadjuvantes durante o processo, o que de fato leva a crer que estas também não se sentem totalmente restauradas após a condenação do réu. Ser parte de um processo frio e burocrático que pretende unicamente condenar o ofensor a uma pena não necessariamente implica na satisfação da vítima ou na superação da vítima.

Constata-se também que os ofensores muitas vezes podem ter sido vítimas de delitos semelhantes ao que cometeram, comprovando a necessidade de restauração, diálogo e exposição de angústias e sofrimentos por ambas as partes.

Com uma estrutura carcerária decadente de incentivos à reeducação e à reinserção dos presos, estes sentem-se marginalizados e aptos a praticar crimes novamente. Este retrato fica ainda mais nítido quando se fala nos crimes cometidos por menores infratores

Os presídios tornaram-se “escolas do crime” e determinados presos controlam o tráfico e comandam execuções, ainda que estejam encarcerados e, teoricamente, sem contato com o mundo exterior.

Outra questão levantada neste artigo é a reinserção social do preso quando liberto. O preconceito e a estigmatização da sociedade, dificultam a sua aceitação perante os outros e a confiança para conseguir um emprego, por exemplo. Isso aumenta a revolta do ex-preso.

Implementar práticas restaurativas não significa extinguir as práticas retributivas ou colocá-las em desuso. O que se pretende é manter os dois sistemas atuando em conjunto. Apesar de focar na restauração, a Justiça Restaurativa não descarta a possibilidade de punição e de ressarcimento financeiro.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 287-304, out. 2009.

NETO, M.V.F. et al. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun .2009. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6301](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301). Acesso em 12 dez 2018.

ORTEGAL, Leonardo. Justiça Restaurativa: Um caminho alternativo para a resolução de conflitos. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, DF, v. 1, n. 21, p. 121-132, jan- jun. 2008.

RODRIGUES, V.R.A. **Construção de identidade por ex-reclusos**. 2012. 207 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2012. Disponível em: <http://run.unl.pt/bitstream/10362/9430/1/vera.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

SILVA, C.B.M. **A vida de ex-reclusos, por suas palavras. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social**. 2012. 108 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2012. Disponível em <http://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/66006/2/tesemestceciliasilvavida000190557.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

SPENGLER, M. F; LUCAS, C. D (Org). **Justiça Restaurativa e Mediação**, Ijuí, RS: UNIJUÍ, 2011.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

[1] GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 292, out. 2009.

[2] GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 292, out. 2009.

[3] GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 291, out. 2009.

[4] NETO, M.V.F. et al. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun/2009. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6301](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301). Acesso em 12 dez 2018.

[5] VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.10.

[6] RODRIGUES, V.R.A. **Construção de identidade por ex-reclusos**. 2012. 207 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2012. Disponível em: <http://run.unl.pt/bitstream/10362/9430/1/vera.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

[7] RODRIGUES, V.R.A. **Construção de identidade por ex-reclusos**. 2012. 207 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2012. Disponível em: <http://run.unl.pt/bitstream/10362/9430/1/vera.pdf>. Acesso em: 10 dez 2018.

[8] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.95.

[9] SILVA, C.B.M. **A vida de ex-reclusos, por suas palavras. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social**. 2012. 108 p. Dissertação (Mestrado em

Sociologia), Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2012.  
Disponível  
em <http://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/66006/2/tesemestceciliasilvavida000190557.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

[10] ORTEGAL, Leonardo. Justiça Restaurativa: Um caminho alternativo para a resolução de conflitos. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, DF, v. 1, n. 21, p. 121-132, jan- jun. 2008.

[11] BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012.

[12] BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012, p. 148.

[13] BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012, p. 140.

[14] BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012, p. 143.

[15] GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 287-304, out. 2009, p. 249.

[16] ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p.27.

## **A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ENSAIO SOBRE A COMPATIBILIZAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**ORLIÊNIO ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA:**

Bacharel em Direito, Servidor Público pertencente às carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Oficial do Ministério Público.

**Resumo:** O presente artigo objetiva traçar um histórico da execução provisória da pena, debater a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de fazer um ensaio sobre a compatibilização com o princípio da presunção de inocência com as recentes decisões sobre o tema. A controvérsia ainda está longe de ser pacificada, uma vez que encontra-se na pauta do Supremo Ação Direta de Constitucionalidade (ADC n.º 54). Daí a necessidade de fornecer elementos hábeis ao corpo jurídico para a solução da controvérsia. De início a jurisprudência da Corte Suprema harmonizou os valores da eficiência da jurisdição e da presunção de inocência, a fim de dar celeridade ao sistema processual criminal e segurança jurídica à população. Porém o tema reclama melhor solução, onde propomos resolução através da perquirição da natureza jurídica da execução provisória em matéria penal, a saber: uma prisão processual, de natureza preventiva, que autoriza a prisão após a decisão de segunda instância que não tem recurso com efeito suspensivo, sem que haja ferimento ao princípio da presunção de não-culpabilidade ou inocência.

**Palavras-chave:** Execução Provisória – Prisão após acórdão recorrível – Natureza Jurídica Cautelar – Princípio da presunção de inocência - Não-culpabilidade

**Abstract:** This article aims to trace a history of the provisional execution of the sentence, discuss the jurisprudence of the Supreme Court in order to do an essay on the compatibility with the principle of presumption of innocence with the recent decisions on the subject. The controversy is still far from being pacified, since it is on the agenda of the Supreme Direct Action of Constitutionality (ADC n.º 54). Hence the need to provide skillful elements to the legal body for the



solution of the controversy. At the outset, the jurisprudence of the Supreme Court harmonized the values of the efficiency of the jurisdiction and the presumption of innocence, in order to speed up the criminal procedural system and legal security to the population. But the subject complains best solution, which we propose resolution by perquisition the legal nature of provisional enforcement in criminal matters, namely: a procedural prison, preventative, authorizing the arrest after the decision of second instance which has no recourse in effect suspensory, without prejudice to the principle of presumption of non-culpability or innocence..

**Keywords:** Provisional enforcement - Detention after appealable collegiate judgment - Legal nature - Principle of presumption of innocence - Non-culpability

**SUMÁRIO:** 1. Resumo 2. Introdução 3. Desenvolvimento 3.1. Discussão 3.2. Análise de resultados 4. Considerações finais 5. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

Com o recente julgamento do Habeas Corpus 152.752, em 04 de abril de 2018, impetrado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, reacendeu-se a discussão sobre a possibilidade de prisão após a condenação em 2ª instância.

Tal repercussão do caso nos meios jurídicos nos despertou o interesse pelo assunto, a ponto de buscarmos aprofundamento suficiente para formar nossa convicção e auxiliar na construção da ciência jurídica processual penal.

O entendimento que vinha até então sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) era proveniente do julgamento do HC 126.292, publicado em 05.10.2016, onde o STF por 7 votos contra 4 votos vencidos (Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso Melo e Ricardo Lewandowsky) decidiu que cabe a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segunda instância, mesmo que

haja a possibilidade de recurso. Entendimento esse que foi reafirmada, agora em 2018, no julgamento do HC 152.752, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. [...]”

Pela análise literária do princípio da presunção de não culpabilidade até que houvesse o trânsito em julgado do processo o réu não poderia ser preso, pois a aplicação da pena privativa de liberdade reclama o trânsito em julgado.

Da lição de Damásio de Jesus transcrevemos a cristalina definição do que vem a ser o princípio da presunção de não culpabilidade: “antes de sentença condenatória transitar em julgado, há impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena”

Esboçaremos leitura sistêmica, buscando interpretação histórica da questão, além de correlacioná-la com inovações processuais e jurisdicionais, tais como Súmulas Vinculantes, Repercussão Geral, Recursos Repetitivos e a Lei da Ficha Limpa para aprofundarmos no tema, e conseqüentemente na solução do problema aqui proposto.

A contribuição e o provável avanço que ocorrerá com o desenvolvimento da pesquisa é trazer segurança jurídica ao país com decisões na seara penal mais justas.

A partir de que momento um réu pode ir preso em um processo criminal? Qual é a jurisprudência que vem sendo aplicada? Por quais fases esta jurisprudência passou? Qual plausibilidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

Vejamos como se comportou o instituto da execução provisória no processo civil nesse período de transformação da jurisprudência processual penal. Também vamos avaliar como a lei da ficha limpa pode ter influenciado na formação da jurisprudência.

Objetiva este trabalho realizar da revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, aprofundando, principalmente, o estudo sobre o princípio da presunção de inocência confrontando-o com a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância.

Buscaremos a multidisciplinaridade entre Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil para buscarmos respostas consistentes aos desafios do tema, guardadas as devidas cautelas, pois sabedores de que o Direito processual penal trata da liberdade do ser, enquanto a ciência processual civil, trata em grande volume de direitos patrimoniais disponíveis.

Pretendemos, especificamente, analisar os Sistema de Direitos e Garantias Fundamentais; discursar sobre o Princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, fazendo a distinção entre os axiomas; analisar os tipos de prisão existentes, em especial a prisão após condenação em segunda instância, buscando sua natureza jurídica; traçar um paralelo multidisciplinar entre Direito Processual Penal e o Processual Civil, para, enfim, discursar sobre o processo legislativo constitucional apto a compatibilizar o Princípio da presunção de inocência e demais dispositivos estudados.

O presente trabalho utiliza o método lógico-dedutivo, em sua maior parte, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência dos institutos abordados em face dos princípios que integram o regime jurídico.

A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais, correlacionando-a multidisciplinarmente com elementos das diversas ciências processuais.

Para tanto, analisaremos mais detidamente as decisões do STF, pois, em análise inicial aparenta a corte não ter dado resposta convincente ao enfrentamento da literalidade do art. 5º, LVII, da CF, ainda mais por que deixou de analisar conjuntamente as ADC's relativas ao tema.

## DESENVOLVIMENTO

A interpretação da possibilidade de prisão após condenação passa por constante transformação. Fazemos um breve histórico recente da discussão:

Até o ano de 2009 o art. 393 do Código de Processo Penal (CPP) determinava que após a sentença de 1º grau que condenasse o réu ele poderia ser imediatamente preso.

Dispunha o art. 393, revogado no ano de 2011, que eram efeitos da sentença condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Essa era a diretriz que vinha orientando a jurisprudência:

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE 'REFORMATIO IN PEJUS'. 'HABEAS CORPUS' DENEGADO.

**1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.**

2. Não configurada, na espécie, 'reformatio in pejus' pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente 'o benefício de apelar' em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. 'Habeas corpus' denegado.' (...)

(STF, 1ª Turma, HC 91.675/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJE 157

06/12/2007). *Grifo nosso.*

Outro comando salutar à compreensão do tema vem do parágrafo único, incluído em 2008, posteriormente convertido no ano de 2012 em § 1º do art. 387, do Código de Processo Penal (CPP) pois trata da prisão preventiva após a condenação. Diz o referido comando que o juiz ao proferir a sentença penal condenatória aplicará as penas e decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

De 2009 até 2016: com o emblemático julgamento do HC 84.078 pelo STF o réu somente passou a poder ser preso e cumprir a pena após o esgotamento de todos os recursos no STJ e STF. Confira o que foi ementado, por ocasião da decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) (STF, Pleno, HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009)

Esse julgamento foi tão representativo que em 2011 a lei 12.403/2011, inspirada na jurisprudência acima, revogou o art. 393 e editou o art. 283 ambos do CPP, reafirmando que ninguém pode ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado e era o entendimento que vinha sendo aplicado.

Vejamos o que diz o artigo 283 do Código de Processo Penal:

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

Após isso, no ano de 2016, com o julgamento do HC 126.929 em fevereiro e das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44 em outubro daquele ano houve nova reviravolta. Com a alteração desse entendimento, o STF passou a entender que a prisão não cabe nem após a condenação em primeira instância tampouco após esgotados todos os recursos possíveis e sim a partir da condenação em segunda instância. Vejamos o que foi ementado à época:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

**1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.**

2. Habeas corpus denegado. (STF, Plenário, HC 126.929, Rel. Teori Zavascki, j. 15.12.2015)

Enfim, chegamos no ano de 2018 quando ocorreu o julgamento do HC 152.752, que envolvem a prisão do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da

Silva. De onde partiremos com nossos estudos a fim de buscar a compatibilização da prisão após condenação em segunda instância com o princípio da presunção de não culpabilidade.

A questionabilidade da tese acima funda-se, principalmente, na violação do princípio da presunção de não culpabilidade (também conhecido na doutrina por princípio da presunção de inocência), insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF), que colacionamos aqui:

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

**LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;**

Buscando conceituar o princípio da não culpabilidade, Rangel (2015) nos auxilia ao contextualizar:

O princípio da presunção da inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônico, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. [...] Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789.



Antes, porém, anoto a valiosa lição de Pacelli (2011):

Princípios, então, que se apresentam como normas fundamentais do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional.

Renato Brasileiro conceitua (2012):

"Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)"

A literalidade do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna impõe ao julgador o respeito ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o réu seja considerado culpado, e é essa aparente dissonância entre o entendimento do STF e a literalidade do texto constitucional que nos motiva a buscar base jurídica para melhor enfrentamento da controvérsia.

Aprofundemo-nos, agora, no estudo do princípio da presunção de inocência. Há diferença entre princípio da presunção de inocência e princípio da presunção de não culpabilidade? Façamos essa distinção:

A Convenção Americana de Direitos Humanos, (Pacto de São José da Costa Rica) traz em seu art. 8º, item 2, o princípio da presunção de inocência: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se **presuma sua inocência**, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (grifo nosso). Daí a denominação: Princípio da Presunção de Inocência. Já a Constituição da República traz em seu art. 5º, LVII, os dizeres "**ninguém será considerado culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" daí surge outra nomenclatura: Princípio da Presunção de não-culpabilidade (grifo nosso).

A doutrina trata ambos termos como expressão de um só princípio, como sinônimos. Porém há um detalhe, na Constituição, ela diz que a pessoa não será considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos diz que é presumidamente inocente o acusado **“enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”** a expressão grifada é aberta, porém, em interpretação sistemática da convenção, essa proteção se estende até o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição. Pois é nessa convenção que se assegura o duplo grau de jurisdição da matéria de fato e de direito. Após o exercício desse duplo grau é que está legalmente comprovada sua culpa.

A título de aprofundamento, ressalte-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) traz em seu art. 9º o comando: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...).

Já a nossa Constituição por um lado amplia a presunção de inocência até a ocorrência do trânsito em julgado, porém, s.m.j., o que veda são os efeitos da condenação, dentre eles o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. O que discutiremos com maior pertinência a seguir.

O limite temporal de ambas normas é diferente: na convenção (exercício ao duplo grau) na Constituição (após o trânsito em julgado).

## **DISCUSSÃO**

A decisão no HC 126.292 é a fonte que orienta a jurisprudência do STF acerca da possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, orientando inclusive o HC 152.752 do ex-Presidente Lula, ela foi muito aplaudida por membros do Ministério Público e da Magistratura, pois dá efetividade às decisões judiciais na seara penal.

Passemos ao comentário dos fundamentos do Relator:

“O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b)

busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.”

O brocardo jurídico “justiça tardia é injustiça” já guiava os juristas a buscar celeridade processual desde tempos remotos. Fazemos um parêntese para lembrar do caso Pimenta Neves, réu confesso, foram 11 anos entre a data do fato e o trânsito em julgado. Com efeito, um novo elemento na discussão da controvérsia foi trazido pelo poder constituinte reformador no ano de 2004, ao erigir o princípio da duração razoável do processo ao status de garantia fundamental (EC 45/2004). Com isso deu-se novo fôlego ao princípio da efetividade da função jurisdicional. Pela conjugação dos referidos princípios elencados nos incisos XXXV e LXXVII do artigo 5º da CF é garantido aos jurisdicionados o acesso à justiça, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no intuito de assegurar acesso efetivo.

Responder aos anseios da sociedade, deve ser pensado com cautela. Devemos, sim, ouvir os anseios da sociedade, cansada da impunidade. Porém a precaução a se atender o clamor popular é resguardar-se de que não haja violação de garantias fundamentais, pois uma vez admitindo-se isso, posteriormente se admitirá a prova ilícita, a inquirição no lugar do contraditório, o fim do duplo grau de jurisdição etc., até ter todo o sistema de garantias cair em ruína, uma vez que a sociedade traz um discurso de encarceramento muito forte.

Ao citar escrito do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Teori Zavascki percebe dois pontos marcantes: o legislador não sinaliza o que vem a ser a definição de culpado, e que há de se notar uma progressividade na demonstração da culpa durante o curso do processo:

“(...) a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com **a progressiva demonstração de sua culpa**.(...)

**Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”** (*in*: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015). (grifo nosso)

Outro argumento bem lançado pelo Ministro é que a prisão após julgamento em segunda instância não fere o princípio do duplo grau de jurisdição, pois é no “âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. Os Recursos Especial e Extraordinário “não configuram desdobramento do princípio do duplo grau de jurisdição”, daí a edição da súmula 07 do STJ e da súmula 279 do STF, uma vez que excepcionais recursos não se prestam à análise de fatos e provas, portanto têm devolutividade limitada.

E repisa: “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo” ainda mais pela inclusão da repercussão geral da matéria, em 2004, como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que estatisticamente limitou ainda mais a possibilidade de êxito em matéria criminal na ordem de apenas 4% dos casos, conforme fala do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 84.078.

Quanto à possibilidade de se cometer equívocos nas instâncias ordinárias, ressalta que há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como

o Habeas Corpus, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício pelo STF.

Via de regra, os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo (art. 637 do CPP), o que corrobora para a relativização do princípio da presunção de inocência: “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, **parece inteiramente justificável a relativização**” (grifo nosso).

Tal posicionamento alinha-se ao limite temporal do princípio da presunção de inocência insculpido no pacto de São José da Costa Rica, que é o encerramento do segundo grau de jurisdição a autorizar a prisão do réu.

Some-se isto ao fato de que em nenhum país do mundo a execução de uma condenação fica suspensa, após o exercício do duplo grau de jurisdição. O relator ainda colaciona em seu voto estudo com a experiência de vários países, como Inglaterra, França, Portugal e Espanha. A crítica que a doutrina faz nesse ponto, e, com razão, é que tal previsão deveria ser objeto de lei.

Os recursos antes da edição desta jurisprudência configuravam, em grande parte, exercício abusivo do direito de recorrer. Diversos tinham nítido caráter procrastinatório, inclusive buscando a prescrição, pois conhecedores do art. 117, IV, os defensores almejavam-na, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis.

Dentre os argumentos que pesam contra a prisão após condenação em segunda instância ressalta-se que a LEP, Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84) é posterior ao art. 637 do CPP que trata da não suspensividade do Recurso Extraordinário para que se prossiga com a execução da sentença. A LEP traz em seu art. 105 a necessidade de se haver transitado em julgado a sentença para que o juiz ordene a expedição de guia de recolhimento para a execução, o que estaria em conformidade com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, portanto a LEP haveria derogado o comando do art. 637 do CPP.

Outra crítica que não se pode olvidar é: para que serve então o princípio da presunção de não culpabilidade? Não se pode negar que nossa Constituição Cidadã foi além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao traçar como marco temporal o trânsito em julgado da condenação para que o réu seja considerado culpado. A decisão do STF sem dúvidas atende o preceito insculpido na convenção, porém é inegável que nossa Constituição visa maior proteção à liberdade.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva.”

Registre-se que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. E que no Brasil ganhou contornos ainda mais fortes, pois a constituinte veio a ser o ponto de ruptura entre o regime autoritário da ditadura militar e a nova democracia que se lançava no horizonte. Interpretando historicamente o princípio, vê-se que o constituinte originário não quis apenas ter como inocente o réu até a ocorrência da condenação em segundo grau, quis ele estender tal presunção, s.m.j., até o trânsito em julgado da condenação.

## **ANÁLISE DE RESULTADOS**

Dando um passo a seguir na argumentação, vislumbro que as recentes mudanças no ordenamento jurídico trazidas pelo novo CPC e por alterações legislativas em relação aos Recursos Especiais e Extraordinários impactarão na interpretação do princípio da presunção de inocência. Teses com repercussão geral reconhecida têm caráter vinculante, que traz maior segurança jurídica ao cidadão, que se orienta por uma jurisprudência menos instável. A possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF, o julgamento de recursos repetitivos no STJ também caminham nessa esteira. Outro fator importante, para o que chamo de estabilização da jurisprudência é a presença do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), trazidos pelo Novo CPC, e que nada obsta sua aplicação no Processo Penal, por aplicação analógica supletiva.

Tais modificações no direito pátrio trazem elementos do direito consuetudinário (Comon Law) ao dar maior presença e eficácia à jurisprudência dos Tribunais. Daí chamar estas medidas de estabilizadoras da jurisprudência.

Mencionar os elementos estabilizadores da jurisprudência é salutar à solução da controvérsia, já adiantado, pois inegavelmente trariam ao Processo Penal a celeridade necessária para a ocorrência do trânsito em julgado em tempo razoável, e, conseqüentemente, maior respeito ao princípio da não-culpabilidade.

A solução da controvérsia, a nosso ver, passa pelo estudo da natureza jurídica da Execução Provisória da Pena com a prisão em segunda instância. Primeiro insta diferenciar prisão-pena de prisão processual. A prisão processual, também chamada de prisão cautelar e prisão provisória, pode ocorrer nos seguintes casos que a doutrina enumera: a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, a decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de acórdão recorrível.

A prisão em flagrante é aquela que ocorre durante o ato criminoso ou logo após se sucedido de perseguição. A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960/89, tem seu lugar na fase inquisitiva (pré-processual) e, em geral, é decretada para assegurar o sucesso de uma determinada diligência e antecede a prisão preventiva.

A prisão preventiva por sua vez não tem prazo pré-definido, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou da ação penal, quando houver indícios que liguem o suspeito ao delito (presença do *fumus boni iuris e o periculum in mora*). Ela tem a finalidade de garantir a efetividade da justiça, vale dizer, garantir que a sentença condenatória seja executada, nos seguintes casos: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 581) esclarecem o que vem a ser a garantia da ordem pública:

A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove o risco.

Capez (2016), trata da garantia da ordem econômica como sendo derivação da ordem pública, trazida pela lei antitruste (Lei 8.884/94), concluo por óbvio que é no tocante ao **aspecto econômico que os atos do agente podem influenciar**. Ensina que a conveniência da instrução criminal, como fundamento para decretação da prisão preventiva, deve ser empregada como último instrumento só devendo ser utilizada caso a liberdade do indivíduo cause sérios riscos à **tutela da prova**. O autor relaciona garantia de assegurar a aplicação da lei penal ao eminente **risco de fuga** que permita ao agente furtar-se da execução da pena.

A decorrente de pronúncia regida pelo artigo 585 do CPP era reservada aos crimes dolosos contra a vida e encontra-se tacitamente revogada, conforme nos orienta o informativo 579 do STF:

Consignou-se que, com a reforma do CPP pela referida Lei 11.689/2008, o art. 585 do CPP encontrar-se-ia implicitamente revogado, uma vez que o réu somente deve se recolher ao cárcere se o magistrado assim entender necessário e desde que de modo motivado. HC 101244/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16.3.2010. (HC-101244)

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 393, I) foi revogada em 2011, dando lugar ao art. 283. Por último, dentre as prisões processuais, a prisão decorrente de acórdão recorrível a qual nos debruçamos ao comento durante todo este artigo acadêmico.

Já a prisão-pena, para execução de pena se aplica a condenados que responderam ao processo em liberdade e é decretada quando se esgotam os



recursos cabíveis, isto é, com a ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória. Tem seu regramento na LEP, mencionado anteriormente.

É certo que após a edição do art. 283 em 2011, transcrito anteriormente, das sete modalidades de prisão (seis cautelares e uma execução da pena) restaram apenas quatro: em flagrante delito, a temporária e a preventiva estas de natureza cautelar e a execução da pena após o trânsito em julgado.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes “nenhuma prisão cautelar mais, no nosso país, pode fugir dos parâmetros fixados pelo art. 312 do CPP”. Vale dizer, que havendo necessidade de se prender alguém em qualquer fase processual, há de ser necessário atentar para os requisitos e fundamentos da prisão preventiva. Com efeito, a prisão na ocasião da pronúncia, a da sentença condenatória recorrível e a do acórdão condenatório recorrível não foram revogadas, e sim passaram a ter nova disciplina. Alinharam-se à prisão preventiva, que certamente é a prisão processual que não contém vício algum de constitucionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A solução da controvérsia, a nosso ver, passa pelo estudo da natureza jurídica da Execução Provisória da Pena com a prisão em segunda instância. Até a revogação do art. 393 era nítida sua característica de prisão processual. Com o advento do art. 283 inspirado pelo HC 84078 / MG a prisão após condenação em segunda instância erroneamente passou a ser interpretada como prisão-pena.

É de extrema relevância perquirirmos a natureza jurídica da prisão após a condenação em segunda instância, como fizemos no capítulo anterior, também conhecida por prisão após acórdão recorrível, pois nela repousarão nossas conclusões. Ora, se concluirmos que se trata de prisão-pena sua leitura confrontada com o princípio da presunção de inocência ganha um contorno, se concluirmos que se trata de prisão processual, por óbvio ganhará outro.

Em se tratando de prisão-pena a execução provisória, nosso entendimento é que, de fato haveria inconstitucionalidade, pois a prisão-pena é elementar à condenação, devendo esta ser aplicada apenas após o trânsito em julgado da

decisão condenatória. O que vem a ser a expressão “considerado culpado” grafada no princípio elencado no inc. LVII do art. 5º da CF, senão ser preso para início do cumprimento da pena e ter seu nome lançado no rol dos culpados?

Porém, o que defendemos é que a prisão após acórdão condenatório recorrível, ou execução provisória, como preferir, trata-se de prisão processual, de matiz constitucional, que fora a partir de 2011 açambarcada pelo instituto da prisão preventiva, uma vez que é perfeitamente compatível com a garantia da ordem pública, com a progressividade da culpa em tal avançada fase processual e com o princípio da não culpabilidade.

O clamor popular tem guarida e repouso na garantia da ordem pública, fundamento esse da prisão preventiva, que sempre que for decretada essa decisão deverá ser fundamentada, aí os anseios da sociedade não causam danos à estrutura do Estado Democrático de Direito e podem ser ouvidos com o devido respeito, já que o povo é o titular soberano do direito. Clara e evidente é a necessidade de estancar a sensação de impunidade que a sociedade vive, já que ela participa ativamente desta ruptura de paradigma. Basta recordar-se das manifestações ocorridas em 2013 aliadas à promulgação da Lei da Ficha Limpa, esta, de iniciativa popular.

A garantia da ordem pública, fundamento da prisão preventiva, é o cerne de nossa argumentação, que traz a execução provisória como modalidade de preventiva. Por isso trazemos o argumento de Barroso que em seu voto asseverou com a prudência do juiz sábio ao afirmar que após o julgamento da apelação “esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, **necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário** e do sistema penal.” Tal argumento, transcrevemos aqui pois dá sustentação à nossa tese de que trata-se de prisão cautelar a execução provisória, e não de prisão pena.

Promover a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado de recursos sem efeito suspensivo impeça a aplicação da pena (seja pela prescrição seja pela demora em se concluir o julgamento), pois justiça tardia é injustiça, É medida pragmática que

se impõe, como evidenciou Barroso em seu voto e demonstra-se eficaz ao dar resposta à sociedade, principalmente às vítimas de crimes e seus familiares que simplesmente não conseguem entender o por que de nunca haver a condenação de seu algoz. Pragmaticamente, ainda ressalta que a decisão equilibra o sistema, desestimulando a interposição de recursos protelatórios e diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro uma vez que é sabido que a manutenção de recursos em Brasília é cara e apenas os mais abastados podem mantê-los.

A peculiaridade de ter-se a execução provisória do acórdão, com a natureza jurídica de prisão processual é que ela, apesar de sua natureza cautelar, traz a necessidade ao Estado de indenizar no caso de absolvição futura, por se tratar de um direito tão caro ao cidadão, a sua liberdade, dada também a inafastabilidade do Poder Judiciário. Certo também é que se lhe aplica todo o regramento da prisão provisória, como sua revogabilidade e a possibilidade de nova decretação previstas no art. 316 do CPC.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL, CNJ. Qual a diferença entre prisão temporária e prisão preventiva. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62363-qual-a-diferenca-entre-prisao-temporaria-e-preventiva> Acesso em: 15.01.2019

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 26 de nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão decorrente de pronúncia: revogação tácita. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2152029/prisao-decorrente-de-pronuncia-revogacao-tacita> Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

JESUS. Damásio Evangelista de. Princípio da presunção de inocência. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18º edição. São Paulo: Editora Atlas.

MIRZA, Flávio. *Os sistemas processuais e o processo penal brasileiro - breves notas*. Mundo Jurídico. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=492](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=492)>. Acesso em: 15.07.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

## JUSTIÇA RESTAURATIVA: ORIGEM E EVOLUÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

**PATRÍCIA NAPOLEÃO DE OLIVEIRA:**

Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários)

**RESUMO:** Justiça Restaurativa trata-se de uma prática que objetiva resultados recompositores, baseando-se em um procedimento de consenso, com a participação ativa da vítima, do infrator e, quando possível, de outros membros da comunidade, na busca da reparação do dano causado pelo delito. Sua origem data da década de 70, como resultado de antigas tradições pautadas em diálogos pacificadores originários de culturas africanas. Atualmente, países como a Nova Zelândia e o Canadá passaram a incorporar, de diversas formas, a Justiça Restaurativa nos seus ordenamentos jurídicos. O presente trabalho urge destacar o surgimento do ideal restaurativo no mundo, seu desenvolvimento com o passar do tempo e importância no âmbito da política criminal país afora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Restaurativa. Justiça Punitiva. Conciliação. Mediação.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS. 3. CONTRAPONTO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO RESTAURATIVA. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### INTRODUÇÃO

Nos tempos antigos, o ideal de justiça que vigorava era proveniente do instituto da vingança privada, ou seja, aquele que fora vítima de um delito cometido por alguém deveria utilizar-se da própria força.

Com a ascensão do Estado e da Igreja Católica, o direito de punir passou a ser monopólio estatal. Conseqüentemente, essa prática faz-se presente no Brasil e nos demais países do mundo até os dias de hoje, através do sistema punitivo-retributivo, focado na punição como forma eficaz de garantir a segurança jurídica e ressocializar o ofensor.

Os resultados frequentes de ineficácia da Justiça Convencional no que tange à ressocialização do indivíduo e à satisfação da vítima facilitaram a inserção dos ideais restaurativos no campo do direito penal.

A justiça restaurativa surge então como um meio de resolução extrajudicial de conflitos, cuja premissa maior está centrada na restauração do indivíduo, através de um procedimento voluntário em que vítima, acusado e, em determinados casos, familiares destes ou membros da comunidade, participam de forma ativa na construção de soluções para as questões oriundas do conflito existente entre as partes.

O presente trabalho visa apresentar os principais contornos da Justiça Restaurativa, comparando-a com a Justiça Punitiva e traçando suas benesses para a sociedade atual.

## **1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Justiça Restaurativa é um meio de resolução de conflitos cuja premissa maior está centrada na restauração do indivíduo, através de um procedimento voluntário em que vítima, acusado e, em determinados casos, familiares destes ou membros da comunidade, participam de forma ativa na construção de soluções para as questões oriundas do conflito existente entre as partes. Na lição de Antonio Baptista Gonçalves:

A justiça restaurativa é uma nova modalidade, baseada num conceito de procedimento por consenso, no qual a vítima, o infrator e, se necessário outros membros da comunidade direta ou indiretamente afetados pelo crime participam de forma coletiva no fomento de soluções para

os danos psicológicos, ressentimentos e perdas causados pelo crime. [1]

O termo Justiça Restaurativa foi inicialmente utilizado pelo pesquisador e também psicólogo americano Albert Eglash, na década de 1950. Em 1977, o aludido pesquisador escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado na obra desenvolvida por Joe Hudson e Burt Gallaway.

Apesar do termo Justiça Restaurativa propriamente dito ter surgido em 1950, as suas manifestações e práticas datam de muito antes, logo não se trata de algo novo dentro das práticas e concepções jurídicas.

Os vestígios iniciais das práticas restaurativas remontam a era pré-cristã, através dos Códigos de Hamurabi (1700 a.C), Ur-Nammu e Lipit-Ishtar (1875 a.C). Tais códigos enunciavam medidas restitutivas nos casos de crimes contra bens. Já os Códigos Sumeriano (2050 a.C) e o de Eshunna (1700 a.C) apontavam também medidas restitutivas, mas apenas para os crimes cometidos com violência. Damásio de Jesus assim discorre:

Observa-se também a cultura restaurativa nas comunidades nativas de territórios colonizados. Exemplos de comunidades colonizadas são as africanas e americanas, possuidoras de um ideal de justiça e punição diferente daquele conhecido pelas sociedades atuais. Para tais povos, o que predominava não era a punição aliada à privação da liberdade. [2]

Com o advento das monarquias e assunção da Igreja Católica, a partir dos séculos XI e XII, as práticas restaurativas foram sendo abandonadas, sem desaparecerem completamente, cedendo lugar ao sistema de Justiça Retributiva.

Na obra *A síndrome da rainha vermelha - policiamento e segurança pública no século XXI*, Marcos Rolim dispõe sobre a transição do antigo modelo restaurativo para o modelo criminal atualmente vigente:

Princípios restaurativos teriam mesmo caracterizado os procedimentos de justiça comunitária durante séculos. Essas tradições foram sobrepujadas pelo modelo de justiça criminal tal como conhecemos hoje em praticamente todas as nações modernas, o que torna especialmente difícil imaginar a transposição de seu paradigma. [3]

Nesse sentido, Edson Luiz André de Sousa e Márcia Barcellos Alves Züge asseveram que o sistema retributivo consolidou-se e afirma-se que no século XIX preponderou como o único sistema aceitável. Com o passar dos anos, o modelo unicamente punitivo foi mostrando-se frágil e apresentou diversas falhas, assim, no final do século XIX, o modelo restaurativo passou a ser alvo de novas pesquisas. [4]

Sob o olhar restaurativo, o crime não se restringe a uma conduta típica e antijurídica, mas é, antes disso, um atentado às relações existentes entre vítima, infrator e sociedade. Daí, surge a necessidade de reparar tais relações.

A reparação, a depender do caso concreto, apresenta-se de forma simbólica, moral e até mesmo material, pois, apesar do foco restaurador, as práticas restaurativas permitem também a punição como resposta a um crime.

César Barros Leal afirma possuir a justiça restaurativa em seu alicerce cinco pontos básicos, quais sejam o encontro, a reparação, a reintegração, a participação e a transformação. O encontro, conforme já foi mencionado, ocorre entre a vítima, o ofensor e, se possível, membros da comunidade, todos acompanhados por um facilitador, objetivando-se a reflexão com relação ao delito, o desabafo, o compartilhamento do medo e das angústias, assim como a busca pela real reparação. Já a reparação consiste na restituição material do bem subtraído da vítima ou então na entrega do dinheiro em si. Como o foco da justiça restaurativa não é a punição, a reparação não só pode, como também deve ser simbólica, materializando-se através de um pedido de desculpas, por exemplo. Permite-se ainda, no mesmo caso, a reparação material e a simbólica. A reintegração tem como premissa básica a recuperação do infrator, evitando-se a reincidência, e da vítima, estigmatizada pela culpa. Ambos devem sair do procedimento restaurativo



aptos a contribuir e integrar-se na sociedade. Entende-se ser necessária a participação ativa da vítima e do ofensor em todas as fases do processo, buscando-se o consenso e a recuperação. No caso da transformação, busca-se que as pessoas de fato transformem-se, recuperem-se do trauma causado pela prática do delito, demonstrem mais afeto, mais compreensão e, assim, convivam de forma pacífica e igualitária uns com os outros. [5]

No âmbito da Justiça Restaurativa deve haver igual participação de todos os envolvidos, buscando-se, dessa forma, uma mútua restauração. É o momento adequado para a vítima expressar seus sentimentos, seus anseios, para descrever como a prática do delito a afetou e também para entender, a partir do testemunho do acusado, as razões que o levaram a cometer o crime.

De tal forma, o acusado também estará apto a expressar seus sentimentos, receios e valores, assim como terá a oportunidade de entender até que ponto a vítima foi prejudicada emocionalmente, socialmente e materialmente pelo ato praticado. O ideal é que esse diálogo ofereça à vítima a possibilidade de sentir-se participe ativa na resolução do conflito o qual faz parte e ao acusado a possibilidade de ser compreendido, de expor suas razões, de arrepender-se, de pedir perdão e de ter consciência das consequências advindas da prática do ato delituoso.

A facilitação desse diálogo entre as partes envolvidas no crime e a comunidade por um mediador é de suma importância, na medida em que viabiliza e assegura o procedimento restaurativo, conforme afirma Damásio de Jesus:

A intervenção de mediadores (também chamados de facilitadores ou conciliadores) favorece a viabilidade do procedimento restaurativo. O papel da mediação é o de garantir que as partes dialoguem de modo a construir conjuntamente um acordo justo para ambos os lados. Ocorre que o diálogo entre as pessoas implicadas torna-se muito delicado em decorrência dos impactos causados pelo conflito. Por isso, a mediação prima para que esse diálogo

não se torne outra forma de conflito, mas um meio para a reparação dos danos e restauração das relações sociais. [6]

## **2. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS**

A Justiça Restaurativa destaca-se no âmbito das soluções extrajudiciais de conflitos na medida em que propõe a atuação de um mediador durante o encontro entre vítima, acusado e demais membros da comunidade. Nas palavras de Marcelo Gonçalves Saliba:

No processo restaurativo há o encontro da vítima com o desviante e a comunidade, num processo de inclusão ativa na justiça penal, para discutir o crime e suas consequências, por meio de reuniões monitoradas por intermediadores, inclusive com a possibilidade da presença de familiares ou terceiros. O resultado esperado e desejado é a reparação e a reintegração social. [7]

A justiça restaurativa, como um meio de solução alternativa de conflitos, tem por objetivo apresentar uma resposta efetiva à prática de um delito, através de um foco restaurador e não apenas punitivo, como ocorre com o Direito Penal atualmente vigente.

O procedimento restaurativo, voluntário e informal, possui uma estrutura totalmente diferente daquela conhecida sequência que envolve inquérito policial, delegado, friez, audiência, juiz, sentença e punição. A ótica restauradora deseja aproximar as partes, em um ambiente diferente de uma delegacia ou de um fórum, para que assim sintam-se capazes e confiantes de expressar suas angústias e sentimentos.

O instituto da mediação, indispensável no transcurso do procedimento restaurativo, trata-se de um meio pacífico de resolução de conflitos no qual as partes, encorajadas pelo mediador, são responsáveis pela solução do litígio existente entre elas. Assim ensina Lília Maia de Moraes Sales:

A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial –

escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

[8]

O mediador deve esclarecer como funciona o procedimento restaurativo, fazendo com que as partes envolvidas sintam-se livres para expressar seus sentimentos, angústias e intenções. O mediador, apesar de ser um sujeito imparcial na discussão, não deve se manter inerte, podendo ajudar a vítima, acusado e membros da comunidade inclusos na conversa a negociarem. Por esta razão, o mediador pode também fazer o papel de conciliador, o que dependerá do caso concreto.

O instituto da conciliação apresenta-se como um meio mais célere de resolução de conflitos, quando comparado com a mediação. As partes são vistas como adversárias e não possuem laços ou relações a serem preservadas. Inexiste um relacionamento contínuo entre os envolvidos, desejando-se apenas o fim da controvérsia. O terceiro atuante, no caso o conciliador, possui competência para aproximar as partes, interferir no andamento do diálogo e sugerir propostas.

A mediação, por sua vez, trabalha com base em um conflito profundo, envolvendo relações interpessoais entre as partes envolvidas no litígio. Incentiva-se a reflexão dos problemas pelas partes. Aqui o mediador tem a função de auxiliar o diálogo, auxiliando na comunicação, na identificação de interesses em comum. Todavia, não deve interferir diretamente na comunicação entre as partes.

Diferentemente, sob o olhar de Howard Zehr, Justiça Restaurativa não é mediação, não devendo se limitar a um encontro. De forma mais crítica, o autor acredita que uma prática restaurativa, na maioria das vezes, não corresponde de fato à mediação.

Tal como os programas de mediação, muitos programas de Justiça Restaurativa são desenhados em

torno da possibilidade de um encontro facilitado entre vítimas, ofensores e, possivelmente, membros da comunidade. No entanto, nem sempre se escolhe realizar o encontro, nem seria apropriado. Além disso, as abordagens restaurativas são importantes quando o ofensor não foi pego ou quando uma das partes não se dispõe ou não pode participar. Portanto, a abordagem restaurativa não se limita a um encontro. Mas, mesmo quando o encontro acontece, o termo “mediação” não constitui uma descrição adequada daquilo que vai acontecer . Num conflito mediado se presume que as partes atuem num nível ético, muitas vezes com responsabilidades que deverão ser partilhadas. Embora esse conceito de culpa partilhada seja válida em certos crimes, na maioria deles isso não ocorre. As vítimas de estupro ou mesmo de roubo não querem ser vistas como “partes de um conflito”. Na realidade, podem estar em meio a uma luta interna contra a tendência de culparem a si mesmas. De qualquer maneira, para participar de um encontro de Justiça Restaurativa, na maioria dos casos o ofensor deve admitir algum grau de responsabilidade pela ofensa, e um elemento importante de tais é que se reconheça e se dê nome a tal ofensa. A linguagem neutra da mediação pode induzir ao erro, e chega a ser um insulto em certas situações. Ainda que o “termo” mediação tenha sido adotado desde o início dentro do campo da Justiça Restaurativa, ele vem sendo cada vez mais substituído por termos como “encontro” ou “diálogo” pelos motivos expostos acima. [9]

Na realidade, a denominação Justiça Restaurativa é utilizada de forma bastante genérica, podendo corresponder a todos os tipos de abordagens focadas em prover benefícios mútuos para os envolvidos, através de uma solução pacífica dos conflitos.

### **3. CONTRAPONTO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO RESTAURATIVA**

Analisando a mediação e seus efeitos, os americanos Joseph Folger e Robert Bush desenvolveram a chamada Mediação Transformativa. Nesse tipo de mediação, o foco não está na realização de um acordo entre as partes envolvidas no conflito, mas sim na transformação da relação entre essas partes. Um acordo ou um consenso podem não ser obtidos, todavia a experiência será válida se a situação discutida ganhar uma nova visão perante vítima, acusado e terceiros participantes do caso.

Vânia Yazbek e Maria Helena Bueno Trigo, embasadas numa visão relacional da sociedade, acreditam que os conflitos e suas formas de resolvê-los constituam uma oportunidade para desenvolver e integrar as capacidades de força individual e empatia pelos outros. [10]

Estabelecendo um contraponto entre a mediação restaurativa e a justiça restaurativa, percebem-se semelhanças e diferenças. Ambas as práticas preocupam-se com a preservação e restauração das relações, questionando as tradições modernistas centradas na objetividade e na certeza. Acreditam que as partes envolvidas são capazes de ponderar e decidir o que desejam fazer.

Com relação às diferenças, a mediação transformativa faz-se presente em situações nas quais as partes envolvidas no conflito são guiadas pelo mediador a não só expor seus pensamentos e desejos, mas também a escutar e entender os anseios da outra parte, possibilitando assim a descoberta de pontos de interesses mútuos e a negociação de acordos benéficos para ambas as partes.

Quanto às práticas restaurativas, estas se fazem presentes quando há um dano. O encontro ocorre entre quem casou o dano, quem sofreu o dano e até mesmo há a presença de terceiros, como membros da comunidade ou advogados e assistentes sociais. Espera-se não um acordo ou uma punição, mas sim o compartilhamento de sentimentos, experiências e obrigações entre os envolvidos em uma situação de violência.

#### 4. CONCLUSÃO

Justiça Restaurativa resume-se em uma prática que busca resultados restauradores, e não necessariamente punitivos. Baseia-se em um procedimento de consenso, tendo a participação ativa da vítima, do infrator e, quando possível, de outros membros da comunidade, na busca da reparação do dano causado pelo delito. É um instituto que se utiliza da mediação como forma de conduzir o diálogo entre as partes envolvidas no conflito.

A discussão acerca da Justiça Restaurativa no Brasil é relativamente nova. Tornou-se pauta de discussão no mundo a partir dos anos setenta, na Europa, Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia, através de antigas tradições pautadas em diálogos pacificadores, tradições essas de origem africana, e de debates sobre o instituto da mediação aplicada em processos de justiça penal, de modo que a Justiça Restaurativa surgiu com uma opção viável à chamada Justiça Retributiva.

Implementar práticas restaurativas não significa extinguir as práticas retributivas ou colocá-las em desuso. O que se pretende é manter os dois sistemas atuando em conjunto. Apesar de focar na restauração, a Justiça Restaurativa não descarta a possibilidade de punição e de ressarcimento financeiro.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas-SP: Servanda, 2012.

GOMES, L.F. Justiça Penal Restaurativa: Perspectivas e Críticas. **Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, Jacarezinho, PR, n. 8, p. 151-154, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 287-304, out. 2009.

JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, DF, v. 1, n. 21, p. 15-28, jan-jun. 2008.

LEAL, César Barros. **A Justiça Restaurativa: Uma visão global e sua aplicação nas prisões.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20Uma%20Vis%C3%A3o%20Global%20e%20Sua%20Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nos%20C%C3%A1rceres.pdf>>. Acesso em 13 abr 2013.

MOTA, J.S.; DIÓGENES, T.R. Justiça Restaurativa. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público: ACMP**, Fortaleza, CE, v.2, n.1, p. 49-51, mar. 2011.

Rolim, M. **A síndrome da rainha vermelha - policiamento e segurança pública no século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

SALES, L.M.M. **Mediare.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo.** Curitiba, PR: Juruá, 2009.

SOUSA, E.L.A.; ZÜGE, M.B.A. Direito à Palavra: Interrogações Acerca Da Proposta Da Justiça Restaurativa. **Psicologia, Ciência e Profissão**, v.31, n.4, p. 826-839, 2011.

TIVERON, Raquel. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. **Universitas/Jus**, Brasília, DF, n.19, p. 35-61, jul-dez. 2009.

YAZBEK, V.; TRIGO, M.H.B. Mediação Transformativa e Justiça Restaurativa. **Nova perspectiva sistêmica**, v.15, n.28, p. 27-33, jul. 2007. P.29

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

[1] GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.25, p. 295.

[2] JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, DF, v. 1, n. 21, p. 15-28, jan-jun. 2008.

[3] Rolim, M. (2006). **A síndrome da rainha vermelha - policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p.236

[4] SOUSA, E.L.A.; ZÜGE, M.B.A. Direito à Palavra: Interrogações Acerca Da Proposta Da Justiça Restaurativa. **Psicologia, Ciência e Profissão**, v.31, n.4, p. 826-839, 2011.

[5] LEAL, César Barros. **A Justiça Restaurativa: Uma visão global e sua aplicação nas prisões**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20%20Uma%20Vis%C3%A3o%20Global%20e%20Sua%20Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nos%20C%C3%A1rceres.pdf>. Acesso em 13 abr 2013

[6] JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1, p.123

[7] SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba, PR: Juruá, 2009, p.161 .

[8] SALES, L.M.M. **Mediare**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.1.

[9] ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p.18.

[10] YAZBEK, V.; TRIGO, M.H.B. Mediação Transformativa e Justiça Restaurativa. **Nova perspectiva sistêmica**, v.15, n.28, p. 29, jul. 2007.



## **A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**CARLOS ALEXANDRE DE CASTRO MENDONÇA:**

Procurador Federal e Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas na UDF.

### **I - Introdução**

A democracia não é pressuposto do Estado ou do direito, são elementos distintos que convergiram em razão da evolução da sociedade e da superação de modelos de poder voltados para o bem de poucos. É bem provável que a liberdade, ou a busca pela liberdade, seja o motivo da união do Estado, da democracia e do direito. Mas, como adverte Norberto Bobbio, a noção de liberdade mudou com o tempo, pois, para os antigos, era a distribuição do poder entre todos, já a liberdade moderna reside em uma esfera de atuação sem interferência em sua fruição[1]. Nessa linha de inteligência, o presente trabalho tem por objetivo analisar o processo de inserção da democracia nas organizações políticas estatais.

### **II – Surgimento e Declínio da Democracia**

O Estado moderno é populoso, complexo, burocrático, superposto e distinto de seu povo, bem diferente das cidades antigas. Tomemos como exemplo Atenas, cidade grega que no século VI a.C era formada por uma comunidade de cerca de 30 mil pessoas, onde a pólis confundia-se com seus cidadãos.

Na Grécia Antiga, mulheres, escravos e homens não tinham a mesma importância, a maioria era excluída da vida política. Na cidade de Atenas, apenas homens gregos (nascidos de pais gregos) e maiores de 21 anos é que podiam participar do processo de decisão. Foi nesse ambiente que a democracia deu os primeiros passos.

Em 507 a.C, ocorreu a aurora da democracia em Atenas, onde Clístenis concedeu à Assembléia do povo o poder de decidir os desígnios da Pólis, através da manifestação de cerca de 6000 cidadãos atenienses[2]. Nascia a democracia, ou seja, o governo do povo (demos: povo kracia: Governo).

A assembleia do povo reunia-se ao menos 40 vezes por ano para decidir sobre temas importantes. A decisão era tomada por maioria, mas a execução era de responsabilidade do conselho dos quinhentos, composto por cidadãos escolhidos por sorteio que se reunia uma vez por mês.

As questões litigiosas eram conferidas às cortes de justiça, formadas por uma variação de 200 a 500 membros escolhidos por sorteio, que decidiam por maioria e em segredo. Em todos os casos, o fundamento de validade dessas instituições era o povo (demos). Nessa época, o povo decidia e exercia o poder. Essa é a fase radical da democracia.

A liberdade dos gregos coincidia com o poder de participar da vida política da comunidade, enquanto a liberdade moderna é o espaço que o sujeito organiza a sua vida sem interferências externas.

A democracia grega era calcada em igualdade desdobrada nas seguintes vertentes: diante da lei (isonomia), de tomar a palavra nas assembleias (isegoria) e para ocupar cargos públicos (isocracia). No entanto, a democracia grega não era bem vista pelos seus filósofos, comumente analisada com uma visão pessimista de que o governo de todos não é melhor que o governo dos melhores (poucos). Platão, ao comparar o corpo humano com a pólis, destacava que a razão deveria governar o corpo, do mesmo modo, a cidade deveria ser governada por quem cultua a razão, ou seja, os filósofos. A excelência racional dos poucos é que deveria indicar quem deve ser chamado a governar.

Em Aristóteles, a virtude é que deve caracterizar o regente (os melhores), não sendo de muita importância se for constituída uma monarquia, aristocracia ou democracia, sendo de maior relevância o fim perseguido e o bem alcançado, caso contrário, distorce-se em tirania, oligarquia e demagogia[3]. Portanto, a mensagem dos pensadores gregos não foi a mais afortunada para as gerações futuras.

Após o alvorecer da democracia e o declínio da sociedade grega, ganha destaque o governo misto dos romanos sob a forma de república, com nítida divisão do poder, sendo uma mescla dos três modelos conhecidos pelos gregos (monarquia, aristocracia e democracia). Do auge ao seu desfalecimento, o modelo romano de cônsul e senado deixou importante influência para o período medieval. Nessa fase, a ideia de igualdade foi abandonada e substituída por uma desigualdade natural pregada até pela igreja. A nova ordem cultuava a hierarquia e as diferenças naturais. Quem está no alto governa quem está abaixo. Nesse ambiente refratário, a democracia hibernou por longos séculos, sendo resgatada apenas no século XVIII.

### **III – A Concentração do Poder (Absolutismo Monárquico)**

O vazio de poder criado pelo fim do império romano permitiu a formação do modelo feudal e seus pequenos núcleos de poder pulverizados pelo território

européu, onde a vassalagem e a servidão formataram um ambiente estéril para qualquer participação do povo nas decisões políticas da época. O poder era exercido apenas pelos bem nascidos, restando à servidão o trabalho, tudo chancelado e sacramentado pela igreja, realidade que se manteria inalterada por séculos, ante a impossibilidade de mobilidade social.

Todavia, a fragmentação do poder entre suseranos e vassalos não impediu a formação de monarquias fortes e os Estados Nacionais. A concentração do poder nas mãos do rei foi em grande parte patrocinada pela tributação e pela necessidade da burguesia em suplantar os entraves do modelo de negócios da produção feudal. Ademais, o comércio ressentia-se de leis uniformes e de um padrão monetário, o que só poderia ser resolvido com o fortalecimento do rei, fato que recebeu grande impulso com a política mercantilista, primeiro estágio do capitalismo.

Na Inglaterra, por volta do Século XVII, o desejo de concentração do poder e a necessidade de aumentar os tributos criou um embate entre o parlamento e o rei Carlos I[4], tendo como resposta a criação de mecanismos de limitação do poder através da imposição do "*Petition of Rights*" de 1628, documento de cunho liberal que proclamava direitos e liberdades para os súditos, mas que deságuou no fechamento do parlamento por 11 anos.

As premissas básicas que opuseram o rei ao parlamento foram:

- Nenhum tributo pode ser imposto sem o consentimento do Parlamento;
- Nenhum súdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado (a reafirmação do direito de habeas corpus);
- Nenhum soldado pode ser aquartelado nas casas dos cidadãos, e
- A Lei Marcial não pode ser usada em tempo de paz.

Posteriormente, quando surgiu a crise pelo não pagamento de impostos, Carlos I determinou a reabertura do parlamento em 1640, contudo, a objeção do parlamento contra as pretensões do rei persistia e, mais uma vez, foi determinante para a sua dissolução, deflagrando uma guerra civil que culminou com a decapitação do monarca e a instituição de uma República.

A fase republicana da Inglaterra foi capitaneada pelo liberal Oliver Cromwell que, no campo militar, havia revolucionado o exército insurgente ao promover

seus combatentes por mérito e não por título de nobreza, o que atraiu a simpatia do povo e a desconfiança da burguesia.

Neste período, os atos de navegação<sup>[5]</sup> implementados por Cromwell tornaram a Inglaterra uma potência marítima e comercial, consolidando a burguesia como força política. Todavia, a falta de um sucessor do mesmo quilate de Cromwell possibilitou o retorno da realza ao poder na Inglaterra, mas a ideia de liberdade já estava entranhada na mente do povo e a supremacia do parlamento já estava consolidada, o que oficialmente ocorreu com a imposição do *Bill of Rights* a uma enfraquecida monarquia em 1689, documento que representava uma declaração de direitos do cidadão, que deixava de ser um súdito para ser destinatário de direitos.

A Carta de Direitos inglesa contemplava a liberdade de religião, de expressão e política. Ademais, nenhuma lei poderia ser imposta sem aprovação do parlamento que, naquela época, já era comandado por burguesia e pela aristocracia.

Nesse contexto, o Absolutismo monárquico inglês foi definitivamente derrotado, mas, na Europa Continental, a França ainda iria experimentar o seu modelo extremo na dinastia da família Bourbon, principalmente na figura de seu principal expoente: Luiz XIV.

Até o fim do absolutismo francês, 100 anos iriam se passar antes que o povo reivindicasse a tomada do poder e sua distribuição entre todos.

#### **IV – As Revoluções Burguesas**

Desde as primeiras formulações no século XVI, os ideais liberais propugnavam uma valorização dos direitos naturais da pessoa humana, representados pela liberdade, igualdade e propriedade. John Locke, filósofo inglês contemporâneo da Revolução Inglesa, sintetizou bem o pensamento liberal ao incutir na mente da sociedade da época que o poder decorre de um pacto social e que o seu exercício deve garantir a fruição dos direitos inerentes à condição humana, sob pena de sofrer o legítimo direito de resistência.

Posteriormente, já no ambiente filosófico do século XVIII, o exercício ilimitado do poder encontrou forte resistência no movimento iluminista. As ideias de Locke encontraram ressonância e influenciaram as Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789.

O desejo de liberdade permeou a construção dos Estados Unidos desde o seu início, razão pela qual foi o primeiro país a rechaçar, desde a sua fundação, a monarquia e a distribuir o poder entre seus cidadãos, importando com adaptações a democracia grega para os tempos modernos. Todavia, o resgate da democracia não foi na pureza inicialmente pensada pelos antigos e sim na forma representativa.

No artigo 10 de “Os Federalistas”[6], James Madison apresentou o conceito de República Popular como nova forma de governo, afastando e denunciando os males da democracia concebida na antiguidade, conforme pode ser inferido do seguinte trecho de seu artigo publicado em novembro de 1781:

*(...) Por isso é que essas democracias deram sempre um espetáculo de turbulência e discórdia; e nunca foram consideradas compatíveis com a segurança pessoal ou os direitos de propriedade; e tiveram em geral vidas tão curtas e como violentas foram as suas mortes. Os políticos teóricos, que patrocinaram essa espécie de governo, supuseram erradamente que dando aos homens uma perfeita igualdade de direitos políticos, estes ficariam, ao mesmo tempo, perfeitamente igualizados e assimilados nos bens, nas opiniões e nas paixões. Uma República, e refiro-me a um governo no qual existe o esquema de representação, abre uma perspectiva diferente, e promete o remédio que temos estado a procurar. Examinemos os pontos nos quais ela varia em relação à Democracia pura, e compreenderemos tanto a natureza do remédio como a eficácia que terá, derivada da União. Os dois grandes pontos de diferença entre uma Democracia e uma República são, primeiro, a delegação do governo, na última, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos restantes; segundo, a maior quantidade de cidadãos e a maior esfera de território sobre o qual a última se pode estender. O efeito da primeira diferença é, por um lado, refinar e ampliar os pontos de vista do público, filtrando-os através do meio de uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sagacidade pode discernir melhor o verdadeiro interesse do seu país, e cujo patriotismo e amor da justiça terá menor probabilidade de sacrificar esse interesse a considerações temporárias ou parciais[7]... ”.*

Vê-se que a democracia representativa foi inicialmente concebida pelos americanos como uma República administrada por representantes do povo que defenderiam os interesses da coletividade. Foi o empurrão que a democracia precisa para o seu triunfal retorno.

Em outra perspectiva, a derrubada do absolutismo monárquico e o processo de limitação e distribuição do poder conduzido pelo povo francês foi mais complexo. Inicialmente, os revolucionários franceses de 1789 tinham como desiderato a substituição do absolutismo monárquico por uma monarquia constitucional, o que por um breve período ocorreu. Todavia, com a tentativa de fuga do rei Luís XVI para não cumprir a Constituição de 1791, foi instituída a República e o rei foi decapitado.

Com a morte do rei, a sociedade francesa iniciou um processo de politização do Terceiro Estado (povo + burguesia), onde o povo se reuniu em torno do partido jacobino e os burgueses no partido girondino, inclusive, a posição do assento dessas agremiações nas assembleias definiu o que hoje chamamos de esquerda (jacobinos) e direita (girondinos).

Os desdobramentos da Revolução Francesa evidenciam que o domínio do Terceiro Estado na Assembleia Constituinte não foi determinante para que o povo tivesse seus anseios contemplados. Pelo contrário, o que se viu foi um pequeno avanço se comparado aos ideais da revolução. Milton Meira do Nascimento descreve o sentimento revolucionário da época da seguinte forma:

*(...) Fazer com que um povo, da servidão recupere a liberdade, é o mesmo que recuperar a vida de um doente prestes a morrer. Tal façanha, evidentemente, não ocorre todos os dias, mas só mesmo por um milagre. Uma reviravolta desse porte só acontece uma vez na vida de um povo. Foi assim que os protagonistas da Revolução Francesa de 1789 compreenderam o momento extraordinário que estavam vivendo. A febre e o fervor revolucionários faziam com que cada militante se sentisse como se saindo das cinzas, da morte para a vida. E lá estavam eles a empunhar o Contrato Social como uma espécie de manual de ação política e a eleger o seu autor como o primeiro revolucionário (...) [8]"*.

A fonte inspiradora do texto acima, Jean Jacques Rousseau, pregava uma democracia igualitária que muito influenciou a França, mas pouco conciliável com

o mecanismo da democracia representativa americana, na medida que a vontade não se representa, apesar de reconhecer a sua factividade a nível de governo.

É imperioso inferir, portanto, a decepção do povo francês com os seus representantes, pois a tão sonhada sociedade igualitária não fora transformada em realidade, a exemplo da exclusão das mulheres do processo decisório que, mesmo sendo altivas combatentes no auge da revolução, sequer foram contempladas com o direito ao voto.

O efêmero domínio conquistado pelo povo francês produziu um período de desconfiança e desagregação, o que permitiu, na sequência, a consolidação do poder pela burguesia.

O frutífero século das luzes deu fim ao antigo regime absolutista, tornou os homens livres, ampliou a participação popular na vida política, limitou e distribuiu o poder, foi um grande avanço, mas as amarras colocadas no ser estatal permitiram apenas uma falsa impressão de participação política, pois o verdadeiro protagonismo foi exercido pela influente classe burguesa.

#### **IV – O Liberalismo**

A concepção liberal clássica compreende um Estado limitado em suas ações e sem intervencionismo na vida da sociedade. Esse Estado de liberdade foi inicialmente testado na Inglaterra, onde John Locke vivenciou e teorizou o surgimento do liberalismo, refutando a origem divina do poder e declarando que a vida política é uma invenção humana, premissas que construíram sua teoria liberal com ênfase na propriedade privada[9].

A eclosão das ideias de liberdade, igualdade e propriedade serviu como escudo para alavancar o liberalismo econômico. A Revolução Inglesa não foi uma revolução política, foi uma revolução econômica apoiada pelo povo, mas conduzida pela burguesia. A transformação do súdito em cidadão foi um caminho pavimentado por interesses econômicos interessados na limitação do poder. Foi a vontade burguesa em manter e fortalecer seus negócios o ponto de inflexão no exercício do poder. A vontade popular foi apenas um meio para alcançar um fim econômico.

A influência exercida pela burguesia nos destinos da história é evidenciada pelo financiamento das monarquias até o estágio absolutista, o que foi determinante para o fim do modelo feudal, e, posteriormente, pelo apoio ao fim desse modelo de poder, através das ideias liberais. A bem da verdade, o Estado só

não foi destruído pelo consenso de ser um mal necessário, como bem sintetizou Thomas Paine[10]:

“A sociedade é produzida por nossas carências e o governo por nossa perversidade; a primeira promove a nossa felicidade positivamente mantendo juntos os nossos afetos, o segundo negativamente mantendo sob freios os nossos vícios. Uma encoraja as relações, o outro cria distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer condição uma bênção; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável”.

Ainda que liberalismo e democracia tenham pontos de alinhamento, não se confundem. Liberalismo defende a liberdade pela limitação do poder do Estado de agir, democracia é a liberdade para participar de forma igualitária do processo de decisões do Estado, o que, de certa forma, é a própria limitação da liberdade, eis que pode sofrer limitações pela vontade da maioria.

## **VI – A Democracia Representativa**

Desde a antiguidade, o processo de transformação da sociedade gravitou em torno do exercício do poder, ora nas mãos de poucos, ora de muitos e, por um breve período, nas mãos de todos. O privilégio de participar das decisões políticas foi uma característica da antiguidade grega que se transportou para a modernidade através do simples direito de eleger representantes, apresentando-se como o sistema que melhor atende às maiorias, sem deixar de lado a representação proporcional e a defesa das minorias. Stuart Mill, filósofo inglês, destaca que a melhor forma de governo é aquela que defende os interesses da sociedade[11] a par de suas competências básicas. Nessa linha de intelecção, destaque o encantamento de Tocqueville pela democracia representativa americana[12]:

*Em nossos dias, o princípio da soberania do povo passou, nos Estados Unidos, por todos os desenvolvimentos práticos que a imaginação poderia conceber. Ora o povo em seu conjunto faz as leis, como em Atenas; ora deputados eleitos pelo sufrágio universal o representam e agem em seu nome, sob a sua vigilância quase imediata. O povo participa da composição das leis, pela escolha dos legisladores, e da sua aplicação, através da eleição dos agentes do poder executivo; pode-se dizer que o próprio povo governa, já que é frágil e restrito o que é deixado à administração. Esta*



*se ressentida da sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas, tudo sai do seu seio, e tudo se absorve nele".*

Na democracia representativa, a divergência de ideias dá origem aos partidos políticos, núcleos de pensamentos transformadores da sociedade.

## **VII – O Estado Democrático de Direito**

O liberalismo das Revoluções Burguesas criou o Estado de Direito, conceito que não se restringe somente à submissão das ações estatais à lei, mas também a um boicote ao próprio Estado. Esse distanciamento entre Estado e sociedade teve origem na desconfiança criada em séculos de interferência na vida das pessoas, geralmente em prejuízo do cidadão. O absentismo estatal foi reivindicado e festejado, a liberdade foi consumida como gênero de primeira necessidade, mas, sem a tutela do Estado, o resultado foi um aprofundamento da desigualdade.

O Estado de Direito garantiu o tratamento igualitário perante à lei, como desejava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[13], contudo, apesar de ter sido um avanço, o tratamento igualitário desconsiderou as diferenças naturais entre as pessoas e suas consequências. O Estado de Direito, que tão bem serviu à burguesia, produziu um efeito colateral na sociedade e no seu principal pilar. Para sua própria sobrevivência, o Estado de Direito precisava evoluir para um estágio que contemplasse de forma mais significativa os desejos da sociedade. O Estado de Direito precisava do aperfeiçoamento da democracia.

Jose Afonso da Silva esclarece que o Estado Democrático de Direito viabiliza a realização de valores de convivência humana, fundado no princípio da soberania popular e da efetiva participação popular na coisa pública[14]. O respeito à dignidade humana, a valorização do trabalho e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária dão fundamento ao Estado Democrático de Direito na concretização dos direitos sociais e na oferta de igual oportunidade a todos, principal objetivo de qualquer nação civilizada. O mero formalismo da igualdade perante a lei não atendeu aos anseios da sociedade, sendo aperfeiçoado para o modelo de igualdade material que melhor se amolda à concretização da justiça social.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito veio para superar o modelo criado pelo liberalismo, pois o Estado não deve ser qualificado pela legalidade e sim pela busca do bem comum. Adjetivar o Estado como democrático

tem como consequência a influência da soberania popular sobre todo o sistema, igualando e vinculando o desiderato da sociedade.

## Referências

- ARISTÓTELES. Política in Os Pensadores. Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1999.
- BOBBIO, Norberto – Liberalismo e Democracia. Editora Brasiliense, São Paulo, 2000.
- COSTA, Pietro. Poucos, Muitos, Todos – História da Democracia, Ed. UFPR.
- LOCKE, John. Segundo Tratado de Governo Civil. São Paulo, Edipro, 2014.
- MILL, Stuart. Os Pensadores. Editora. Nova Fronteira. São Paulo, 1996.
- SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Jul/Set/88. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 173, jul/set., 1988.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2804534/mod\\_resource/content/0/tocqueville\\_a-democracia-na-america-vol-1.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2804534/mod_resource/content/0/tocqueville_a-democracia-na-america-vol-1.pdf)>. Acesso em 25 Fev 2019.
- WEFFORT, Francisco. Os Clássicos da Política 1. Editora Ática, São Paulo, 2000.

---

[1] BOBBIO, Norberto – Liberalismo e Democracia, Editora Brasiliense, São Paulo, 2000, p. 9.

[2] PETRO, Costa, Poucos, Muitos, Todos – Lições de História da Democracia, p. 13, Editora UFPR

[3] ARISTÓTELES. Política in Os Pensadores. Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1999, p. 150.

[4] Durante o reinado de Carlos I, após a exigência de empréstimos forçados aos súditos e a obrigação de fornecer abrigos às tropas, foi editado o *Petition of Rights*, pois o parlamento não aceitou financiar a política exterior e os súditos que se opunham recebiam como castigo uma prisão arbitrária e o aprisionamento gerando uma hostilidade violenta a Carlos I.

< <http://direitonahistoria.blogspot.com.br/2013/10/petition-of-rights.html> >, acesso em 12/06/17)

[5] Foi publicado em 1651 e monopolizou o transporte marítimo comercial para navios ingleses ou do país que promoveu o negócio.

[6] WEFFORT, Francisco. **Os Clássicos da Política** 1. Editora Ática, São Paulo, 2000, p. 252.

[7] Disponível em  
< <https://perguntasapo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf> > Acesso em 11/06/17.

[8] WEFFORT, Francisco. Os Clássicos da Política 1. Editora Ática, São Paulo, 2000, p. 198.

[9] LOCKE, John. **Segundo Tratado de Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014, p. 25.

[10] PAINE, Thomas apud Norberto Bobbio in **Liberalismo e Democracia**. Editora Brasiliense, 2000, p. 21..

[11] MILL, Stuart. Os Pensadores. Pág. 12. Editora Nova Fronteira.

[12] TOQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Disponível em . Acesso em 25 Fev 2019.

[13] Art. 4º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

[14] SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Jul/Set/88. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 173, jul/set., 1988, p.15-34.

## **A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. DISCUSSÃO DE ALTERNATIVAS VIÁVEIS À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

**ORLIÊNIO ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA:**

Bacharel em Direito, Servidor Público pertencente às carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Oficial do Ministério Público.

**Resumo:** O presente artigo objetiva traçar um paralelo entre o tratamento que o Direito Civil dispensa ao menor relativamente capaz e o tratamento que o Direito Penal e o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) dão àquele maior de 16 e menor de 18 anos. Discursar sobre a questão da constitucionalidade (ou não) da redução da maioridade penal para 16 anos no Brasil. Para enfim propor um modelo de transição da completa irresponsabilidade à responsabilização penal passando pela semi-imputabilidade, como um degrau necessário ao Direito Penal e conseqüentemente ao Direito da Criança e do Adolescente, onde o semi-imputável é estimulado, progressivamente a abandonar práticas ilícitas de natureza criminal.

**Palavras-chave:** Redução da Maioridade Penal – Constitucionalidade – Transição da inimputabilidade à imputabilidade – Lacuna – Preenchimento através da semi-imputabilidade

**Abstract:** The present article aims to draw a parallel between the treatment that the Civil Law exempts the relatively able child and the treatment that the Criminal Law and ECA (Child and Adolescent Statute) give to those over 16 and under 18 years of age. To discuss the question of whether or not to reduce the age of criminality to 16 years in Brazil. Finally, to propose a model of transition from complete irresponsibility to criminal accountability through semi-imputability, as a necessary step to Criminal Law and consequently to the rights of the Child and Adolescent, where the semi-imputable is progressively encouraged to abandon illicit practices of criminal nature.

**Key words:** Reduction of the Penal Majority - Constitutionality - transition from incomputability to imputability - Lacuna - Completeness through semi-imputability

**SUMÁRIO:** 1. Resumo 2. Introdução 3. Desenvolvimento 3.1. Discussão 3.2. Análise de resultados 4. Considerações finais 5. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

Com o recente reacendimento do debate sobre a redução da maioria penal trazido por diversos fatos de grande repercussão nacional, nos vimos interessados em fazer novas reflexões jurídicas acerca da redução da maioria penal.

Os defensores da redução da maioria penal debruçam-se principalmente na questão de afastamento da menoridade penal dada a gravidade do ato praticado pelo menor, como é o caso da prática de atos infracionais análogos a crimes hediondos listados na Lei 8.072/1990, como latrocínio, extorsão, estupro, favorecimento à prostituição e exploração sexual de crianças, adolescentes e vulneráveis e ainda homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e reincidência em roubo qualificado feminicídio, homicídio contra agentes responsáveis pela segurança pública, carceragem e defesa, e na questão de ser a punição atual extremamente branda dada a gravidade do ato cometido, além do que este menor passa a ser aliciado pelo criminoso adulto, devido à relação custo/benefício entre o ganho obtido pela prática do ato infracional e a possível medida corretiva, no caso de descoberta do fato.

Já os defensores da manutenção da maioria penal levantam argumentos de que o jovem está em desenvolvimento, que já existe punição para o menor infrator prevista no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e que o que está em jogo é se a punição deve ser a mesma aplicada ao maior de idade ou diferenciada. Além do que o

aumento da população carcerária não refletiria necessariamente na sensação de segurança.

“O constitucionalismo é a história da busca, pelo Homem político, da limitação do poder”, Karl Loewenstein. Nesse sentido o constitucionalismo se contrapõe ao Absolutismo, ele trata das relações do Estado com o indivíduo e a sociedade. É com esse espírito que pretendemos avançar nos estudos do tema proposto.

A contemporaneidade e densidade do tema justificam o desenvolvimento deste trabalho científico. Sua riqueza e profundidade interessam ao meio jurídico, onde o profissional do Direito deve possuir uma vasta gama de conhecimentos para resolver os desafios que se lhe apresentam constantemente.

A sociedade está sempre se reinventando e está em constante transformação. Talvez isso justifique a constante discussão acerca do tema. Para tanto devemos ter cautela e fazermos uma análise histórica e contextualizada para não incorreremos no erro de fraudar nossa essência como sociedade organizada. Justifica-se este artigo pela relevância do tema pois esse assunto reflete em todo o sistema social pois diz respeito aos nossos jovens, futuros protagonistas da sociedade em alguns anos quando tornarem-se adultos plenamente responsáveis pelos seus atos, daí sua relevância.

Quantas questões o tema nos instiga?

A contribuição e o provável avanço que ocorrerá com o desenvolvimento da pesquisa é trazer segurança jurídica ao país com decisões na seara penal mais justas.

A partir de que momento um jovem tem discernimento para compreender a ilicitude de um fato tido como criminoso? O que diz a Doutrina? Qual plausibilidade de se apenar menores de idade?

Vejamos como se comportou o instituto das medidas socioeducativas, em especial a internação, desde sua instalação no nosso ordenamento jurídico, para enfim apresentar alternativa viável a toda essa discussão.

Objetiva este trabalho realizar a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, aprofundando, principalmente, no estudo sobre o desenvolvimento psicossocial do menor confrontando-o com a possibilidade de ser réu em processo penal.

Buscaremos a interdisciplinaridade entre Direito Penal, o Direito Civil e o Direito da Criança e do Adolescente para traçarmos respostas consistentes aos desafios do tema, guardadas as devidas cautelas, pois sabedores de que o Direito Penal está intimamente ligado à liberdade do indivíduo não devendo ser banalizado, todavia não se pode olvidar de seu caráter intimidatório.

Pretendemos, especificamente, analisar os Sistema de Direitos e Garantias Fundamentais; Discursar sobre o Princípio da inimputabilidade; Analisar os tipos de medidas socioeducativas existentes; analisar pragmaticamente as estatísticas sobre menores infratores; traçar um paralelo interdisciplinar entre Direito Penal, o Civil e o Direito da Criança e do Adolescente para enfim, trazer do conceito de semi-imputabilidade presente no Direito Civil novos elementos para auxiliar na solução da controvérsia jurídica.

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, em sua maior parte, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência dos institutos abordados em face dos princípios que integram o regime jurídico.

A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais, correlacionando-a interdisciplinarmente com elementos das diversas ciências jurídicas materiais.

Para tanto, analisaremos mais detidamente o que diz a doutrina mais especializada a jurisprudência e a experiência de outros países ao enfrentar a questão.

Esboçaremos leitura sistêmica, buscando interpretação histórica da questão, além de correlacioná-la com inovações legislativas e jurisdicionais a fim de

aprofundarmos no tema, e conseqüentemente na solução do problema aqui proposto.

## DESENVOLVIMENTO

Dos recentes fatos que reacenderam a discussão relembramos o caso do latrocínio da vítima Vitor Hugo Deppman, em São Paulo em abril de 2013, que ao ser abordado não reagiu nem se recusou a entregar o telefone celular e mesmo assim foi assassinado com um tiro na cabeça por um menor que faltava apenas 3 dias para completar 18 anos. Noticia-se que após a arma falhar a primeira vez, o menor infrator novamente engatilhou a arma e desferiu-lhe um novo disparo letal, desta vez na cabeça.

O caso do assassinato de Felipe Caffé e Liana Friedenbach. O líder do grupo, Roberto Aparecido Alves Cardoso, mais conhecido como Champinha, aos 16 anos, assassinou, em novembro de 2003, um casal que acampava na zona rural de Embu-Guaçu, a 36 km do centro da capital paulista. Felipe Caffé morreu com um tiro na nuca e Liana Friedenbach foi violentada várias vezes antes de ser esfaqueada até a morte. Champinha recebeu aplicação da medida mais severa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069/90, a internação de, no máximo, três anos em unidade específica para menores de 18 anos (art. 121, §3º do ECA). Após esse período permaneceu internado por medida judicial em uma instituição psiquiátrica, com base em perícias feitas por psiquiatras forenses, medida está prevista também pelo ECA em seus arts. 101, inciso V c/c art. 112, inciso VII paragrafo 3º.

Em 2007, o caso João Helio Fernandes Vieites estremeceu a sociedade: a criança foi assassinada com 06 (seis) anos de idade, cinco jovens, dentre eles um adolescente de dezesseis anos na Cidade do Rio de Janeiro, sendo arrastado por sete quilômetros, preso pelo cinto de segurança do lado de fora do veículo de sua mãe que estava sendo levado pelos assaltantes. Ao menor envolvido foi aplicada medida de internação por 03 (três) anos.



Outro caso de grande repercussão envolveu um adolescente de 17 anos que confessou ter queimado e assassinado a dentista Cinthya Magaly Moutinho de Souza dentro do seu próprio consultório em abril de 2013, em São Bernardo do Campo, no ABC Paulista. Ao jovem foi aplicada a medida de internação por tempo indeterminado, não podendo ultrapassar 3 anos, na Fundação Casa (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente).

A estudante Natália Morais Félix, atropelada por um menor de 16 anos após o assalto, em 2015. O menor confessou que passou por cima da cabeça da vítima de propósito. Além desses casos dezenas de crimes sexuais foram relatados na última década com o envolvimento de menores infratores. Como o caso da vítima Elaine Cassyane, de 13 anos, que foi estuprada e morta por dois adolescentes de 17 anos, um deles já havia sido detido por tentativa de estupro.

Há várias propostas em discussão, as quais destacamos as que tramitam em conjunto no Senado: as PECs nºs 33, de 2012; 74, de 2011; 33, de 2012; 21, de 2013 e 115, de 2015. Existe também a PEC 117 de 1993 tramitando na Câmara. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2012, que estabelece a redução da maioria penal para os jovens de 18 para 16 anos teve bom trâmite na CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) do Senado até o final de 2018 porém foi arquivada pelo disposto no art. 332, §1º do Regimento Interno do Senado[1]. Na prática, isso significa que a proposta é constitucional e pode ser analisada pelo Congresso.

Essa PEC debruça-se na alteração do art. 129 da Constituição Federal para acrescentar às funções institucionais do Ministério Público a promoção do incidente de desconsideração de imputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos.

A proposta visa também a alteração o art. 228 da Constituição Federal para dispor que Lei Complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua imputabilidade.

Confirmamos a redação do mencionado preceito insculpido na Carta Magna:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Redação que é replicada no ECA, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei.

O código penal, por sua vez, ao tratar dos menores de 18 anos, os remete às normas da legislação especial, a saber, o ECA, e, em consonância com a Constituição, trata-os como penalmente inimputáveis:

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial.

Vale ressaltar que para acalorar o debate ainda há o argumento de que a inimputabilidade do menor trata-se na verdade de cláusula pétrea, pois o artigo 228 da CF, embora, topograficamente não esteja situado no rol do art. 5º da CF, estabeleça normas de direito individuais conforme interpretação do art.5º, § 2º que dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Esta é a enfática posição de OENNING (2011):

Muito embora não esteja elencado no art. 5º, a maioria penal iniciada aos 18 anos trata-se obviamente de cláusula pétrea, pois estabelece normas de direito individuais, e deste modo não pode ser objeto de emenda constitucional, conforme trata o artigo 60 da CF (...)

Com isso se deduz que o Art. 228 é sim cláusula pétrea, não admitindo a redução da maioria penal, visando somente punir quem já esteja maduro e tenha pleno discernimento de seus atos, e não aqueles que ainda estão descobrindo seus sentimentos e não estão suficientemente amadurecidos.

Além do que interpretando esse artigo de acordo com nosso Estado Democrático de Direito é afastada qualquer possibilidade de alteração.

Não há de se punir aqueles que são incapazes de entender as decisões fundamentais da vida adulta. Assim, sendo vedado o retrocesso da norma, essa não é mais suscetível a modificação.

Por este motivo o menor independentemente da infração praticada, não pode ser submetido as mesmas sanções dos considerados penalmente puníveis, nem ser custodiado nos mesmos estabelecimentos penitenciários por força dos artigos 227 e 228 e demais.

Corroborando com a tese o ensinamento de Martins (2005):

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores.

Como são tratados os atos praticados por menores de 18 anos? O ECA traz em seu artigo 103 o seguinte regramento "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal", e que essa conduta seja cometida

por menores com idade entre 12 e 18 anos. Portanto, a título de aprimoramento, não se fala em crime praticado por menor, e sim ato análogo a crime praticado por menor.

O debate entre prós e contras acerca da redução da maioridade penal nos despertou o interesse pelo assunto, a ponto de buscarmos aprofundamento suficiente para formar nossa convicção e auxiliar na construção da ciência jurídica penal.

Enfim, chegamos no ano de 2018 com a eleição do Presidente da República que se mostra favorável à redução da maioridade penal. De onde partiremos com nossos estudos a fim de buscar redução pragmática à crescente integração do menor ao mundo do crime.

Discussão:

Primeiramente, passemos ao comentário sobre a inconstitucionalidade da redução da maioridade, aliada à proibição de retrocesso, que por óbvio, caso se constate tratar-se de cláusula pétrea, irrevogável, toda a temática do presente artigo mudará seu curso.

Renomadas instituições defendem a inconstitucionalidade da redução da maioridade penal, como a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), com argumentos muito bem condensados em nota técnica[2] deste último, os quais transcrevemos:

A inimputabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do artigo 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não poder ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a

capacidade penal em limite inferior de idade — dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF (René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal: parte geral, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 413.

E no mesmo sentido, Wilson Donizete Liberati: já não são poucos aqueles que entendem que o enunciado do art. 228 constitui cláusula pétrea. Com acerto, o magistrado paulista, Luís Fernando Camargo de Barros Vital, comentando 'A irresponsabilidade penal do adolescente', na Revista Brasileira de Ciências Criminais — IBCCRIM (ano 5, n.º 18, abr./jun., 1997, p.91), lembra que 'neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que estabelece a idade penal, resiste ao assédio do conservadorismo penal. A inimizabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea.

O Brasil é signatário de Convenções Internacionais com o escopo de se resguardar os interesses de crianças e adolescentes. A principal delas é a Convenção sobre direitos da Criança recepcionada pelo Decreto n.º 99.710/1990). Em seu primeiro artigo define criança como sendo aquele com menos de dezoito anos, trazendo a exceção "a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes."

Hathaway (2015) nos esclarece que a convenção ainda distingue a idade mínima de responsabilização penal (IMRP) da Idade de Maioridade Penal (IMP), no Brasil a primeira ocorre a partir dos 12 anos (ECA, art. 2º, parte final) e a segunda a partir dos 18 anos (CF/88, art. 228 c/c CP, art. 27).

Hathaway (2015) resgata um pouco de nossa história, ao comentar sobre a evolução da responsabilização dos menores de idade:

“A responsabilidade penal e a imputabilidade de crianças, adolescentes e jovens vêm sendo regulamentadas no direito brasileiro desde a sanção da Lei de 16 de dezembro de 1830, que instituiu o Código Criminal do Império, em cumprimento à regra programática da Constituição de 1824. O Código substituiu o livro V das Ordenações Filipinas, de 1603 – legislação portuguesa vigente mesmo depois da Independência, em 1822, por disposição transitória da Assembleia Nacional Constituinte de 1823 (PESSOA, 2015).

O Código Criminal do Império reconhecia a inimputabilidade de crianças e adolescentes até quatorze anos, ao tempo em que abandonava as penas corporais e dava início ao uso da pena de prisão como peça central do sistema penal que substituiria as Ordenações Filipinas (MOTTA, 2011, p. 75-83). Os dispositivos relevantes para a questão da inimputabilidade penal no Código Criminal do Império eram os arts. 10 a 13, assim redigidos:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

§ 1º Os menores de quatorze anos.

(...)

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.”

No mencionado diploma, a responsabilização do menor era a partir de quatorze anos (art.10) e traçava a exceção da prova do discernimento no cometimento do crime, que permitia o recolhimento do menor de quatorze anos às casas de correção, por tempo a ser determinado pelo juiz, que não ultrapassasse a idade de dezesseis anos (art. 13).

Tomando como base essas informações, aliadas às informações de que diferentes países signatários da Convenção traçam a IMRP e a IMP com marcos etários distintos[3] variando a IMRP entre 06 a 18 anos e a IMP entre 12 a 25 anos, temos por bem entender que a definição da idade mínima se trata de política criminal a ser adotada conforme a necessidade de cada país, respeitados os preceitos da Convenção.

Outro argumento que reforça a posição de que se trata de uma política criminal é a inclinação ideológica do governante que está na situação. Vejamos, o atual governo de Jair Bolsonaro mostra-se favorável à redução da maioria penal, já no governo de Dilma Rousseff havia uma clara posição de manter-se a maioria penal em 18 anos, conforme se infere da nota técnica emitida em 2016 pela Secretaria Nacional de Juventude, órgão vinculado a Secretaria-Geral da Presidência da República, com fim precípuo de desarticular a aprovação da PEC 171/93 (PEC da redução da maioria penal):

Por último, ressalta-se o entendimento desta Secretaria de que qualquer proposta que vise a alterar o artigo 228 da Constituição é uma clara violação de cláusula pétrea. A Constituição estabelece que o direito à infância é um direito social e prescreve que a criança e o adolescente são objeto de especial defesa da ordem jurídica, e para que ela se torne efetiva, várias previsões foram feitas, entre elas a do art. 228, que determina que são inimputáveis os menores de 18 anos.

A conclusão que queremos chegar com esse raciocínio é que a estrutura da política criminal tende a moldar-se conforme a “cara” do governo. Isto reforça a

tese de maleabilidade do preceito constitucional insculpido no art. 228. Some-se a isso o fato de não haver pronunciamento do STF sobre a matéria.

Minha opinião sobre o tema é de que há um núcleo indisponível no artigo 228 da Constituição, a saber: a inimputabilidade do menor. Porém a fixação do parâmetro cronológico é de fato uma política criminal, passível de revisão, desde que não vise a quebra da garantia constitucional da maioridade penal.

Corroborar com nosso entendimento a lição de Pedro Lenza (2015, p. 1464)

Nos termos do art. 228 da CF/88, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial. Muito se cogita a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos. Para tanto, o instrumento necessário seria uma emenda à Constituição e, portanto, manifestação do poder constituinte derivado reformador, limitado juridicamente. Neste ponto, resta saber: eventual EC que reduzisse, por exemplo, de 18 para 16 anos, a maioridade penal violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual (art. 60, § 4º, IV)? Embora parte da doutrina assim entenda, para nós é possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

Passemos então a tecer breves linhas sobre a imputabilidade. Ressaltamos que nossas considerações tomam como ponto de partida a teoria tripartida do crime, cuja imputabilidade compõe o elemento da culpabilidade junto com a Potencial Consciência da Ilicitude e a Exigibilidade de Conduta Diversa.



O estudo da culpabilidade veio para corrigir uma distorção no direito penal que atribuía a responsabilidade penal pela simples ocorrência do fato lesivo. Com a evolução da ciência tornaram-se indispensáveis o dolo (vontade) e a culpa em sentido estrito (previsibilidade). Nasce com isso a teoria psicológica da culpabilidade, que nas palavras de Mirabete (2002, p.195) "reside numa ligação de natureza psíquica (psicológica, anímica) entre o sujeito e o fato criminoso. Dolo e culpa, assim seriam as formas da culpabilidade."

O autor nos ensina que a partir dos estudos de Frank, passou-se a entender que o dolo e a culpa eram insuficientes para se falar de culpabilidade, pois a teoria psicológica não atentava para necessidade de reprovabilidade da conduta pela lei penal e também não explicava a culpa inconsciente (onde o sujeito não prevê o resultado). "Dolo e Culpa, como liames psicológicos entre o agente e o fato, devem ser valorados normativamente. Há que se fazer um juízo de censura sobre a conduta". A censurabilidade do fato decorre da exigência ao agente de um comportamento de acordo com o direito.

Essa é a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, conhecida por teoria normativa da culpabilidade que Mirabete define (2002, p.196):

A culpabilidade exige o dolo ou a culpa, que são elementos psicológicos presentes no autor, e a reprovabilidade, um juízo de valor sobre o fato, considerando-se que essa censurabilidade somente existe se há no agente a consciência da ilicitude de sua conduta ou, ao menos, que tenha ele possibilidade desse conhecimento.

Com o advento do finalismo de Welzel, o dolo e a culpa deslocaram-se da culpabilidade para o fato típico, pois impensável uma ação humana destituída de finalidade. "O fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação" (Mirabete, 2002, p.196). Excluindo-se o dolo, elimina-se a existência de fato típico, e não a culpabilidade. Com isso chegou-se à teoria normativa pura, onde a culpabilidade perde os elementos dolo e culpa e ganha a "consciência da ilicitude" reduzindo-se a um juízo de censura.

Surge uma nova vertente com a Teoria Complexa da Culpabilidade que defende que o dolo e a culpa ocupam dupla posição, no fato típico como a manifestação volitiva e consciente de se praticar a conduta e na culpabilidade como “portador do desvalor da atitude interna que o fato expressa” nas palavras de Luiz Flávio Gomes, como salienta Mirabete (2002, p.197).

A culpabilidade portanto se desdobra em três elementos, segundo o autor: a imputabilidade que é quando “o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito”. A Potencial consciência da ilicitude, traduzida na possibilidade de conhecimento da ilicitude, ou seja, se estava em condições de poder compreender a ilicitude da sua conduta” e a exigibilidade de conduta diversa, “se era possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente.

Desse estudo, concluímos que a menoridade penal é causa de exclusão da culpabilidade, por inimputabilidade. Extraímos a noção de que essa inimputabilidade do menor de 18 anos é uma presunção legal, presunção *juris et juris*, pois no art. 27 do Código penal o legislador escolhe afastar da tutela do direito penal o menor, deixando-o a cargo da legislação especial (ECA). Isso corrobora com nosso entendimento de que a fixação desta idade trata-se de uma política criminal.

Análise de resultados:

Dando um passo a seguir na argumentação, vislumbro que o código penal traz tratamento diferenciado ao criminoso com menor idade, aquele com faixa etária entre 18 e 21 anos. O que denota uma progressão da severidade com que o Direito Penal atua. Discorrer sobre essa peculiaridade nos auxiliará a reforçar nosso convencimento de que a semi-imputabilidade tem espaço no Direito Penal, pois preenche lacuna entre a total inimputabilidade, a imputabilidade atenuada (de 18 a 21 anos), conhecida como menoridade relativa, e a imputabilidade plena (a partir de 21).

A menoridade relativa está consagrada no Código Penal em seu art. 65, I, que considera atenuante a prática de crime entre 18 e 21 anos. Também está

presente no art. 115 que reduz pela metade o prazo prescricional, caso ao tempo do crime o agente possuía idade entre 18 e 21 anos.

Traçando um paralelo com o Direito Civil, na teoria das incapacidades, temos a figura dos relativamente incapazes, onde se encontram os maiores de 16 e menores de 18 anos. A eles é destinado tratamento diferenciado. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p.210) ponderam que os relativamente incapazes “constituem categoria de pessoas igualmente necessitadas de proteção jurídica, porém em grau inferior aos absolutamente incapazes” distinguindo-se destes “que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, sua vontade, devendo ser representados por terceira pessoa”.

O regramento que o Direito Civil dá aos relativamente incapazes é a necessidade de serem assistidos pelo responsável na prática dos atos da vida civil (art. 1690 do CC). Seus atos jurídicos são passíveis de anulação (art. 171, I do CC), já os atos dos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito (art. 166, I do CC). O *codex* ainda prevê em seu art. 180 que “o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”

Além disso trata das causas em que cessa a menoridade antes do lapso cronológico no parágrafo único do art. 5º do Código Civil de 2002.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

**I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por**

**sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;**

**II - pelo casamento;**

**III - pelo exercício de emprego público efetivo;**

**IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;**

**V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (grifo nosso)**

Todo esse regramento que o Código Civil dispensa ao relativamente incapaz denota uma preocupação do legislador em encaminhar o menor à vida adulta, com segurança jurídica. Criminalmente falando, deveríamos ter um raciocínio de progressividade do castigo, como um alerta: esta é sua última oportunidade não se filiar à criminalidade, após ela as consequências são devastadoras!

Tal Código destina aos relativamente incapazes, neles incluídos os menores de 18 e maiores de 16 anos é um excelente ponto de partida para tratarmos do desenvolvimento psíquico do menor nessa faixa etária. Com ele podemos perceber que ele encontra-se em fase de amadurecimento, onde deixa a imaturidade e começa a buscar contornos de uma vida adulta. Há uma verdadeira transição da irresponsabilidade à responsabilidade.

Da lição do Direito Civil sobre relativamente incapazes notamos que há uma gradatividade nessa transição para a vida adulta. Quando este jovem torna-se protagonista de seus atos tais como os atos comerciais, o casamento, a economia própria, a relação de emprego, etc. cessa a incapacidade. Seus atos são apenas assistidos pelo responsável durante esse amadurecimento. Disciplina semelhante à encontrada no remoto art. 13 do Código Criminal do Império, que afastava a inimputabilidade caso fosse comprovado que o menor obrou com discernimento,

que trazia para a seara criminal a análise da maturidade do menor para compreender o ilícito.

## CONCLUSÃO

Falta, a nosso ver, um degrau na escada da imputabilidade penal, pois o menor passa sem transição da total irresponsabilidade a uma responsabilidade criminal muito severa quando atinge a maioria sem que tivesse algo que o desencorajasse a continuar no mundo do crime. Degrau esse que não falta ao Direito Civil, que progressivamente vai encorajando o jovem a assumir suas responsabilidades. O papel que o Direito Penal e o ECA não vem cumprindo é justamente desencorajar o jovem a ter responsabilidades no âmbito penal, posto que indesejáveis.

Com a criação do conceito de semi-imputabilidade, que propomos, pragmaticamente, o jovem infrator passa a perceber que à medida que ele não abandona o cometimento de ilícitos penais sua situação piora, o que pode desestimulá-lo em alguma fase de amadurecimento a abandonar tais práticas.

Tal solução, tem a vantagem de sequer passar pelo crivo de constitucionalidade da redução da maioria penal.

Para esse momento de transição, soa-nos discrepante que um adolescente seja posto em estabelecimento prisional junto com criminosos experientes, mesmo porque ao se sentir desamparado e em risco de morte, de sofrer violência física e sexual, sua tendência é garantir sua sobrevivência e buscar sua proteção, junto a facções criminosas, estas lhe proporcionarão segurança dentro da cadeia, por vezes prestarão assistência financeira à família do infrator. Porém, ao ser libertado ele sairá totalmente comprometido com a criminalidade, dessa vez, com o crime organizado e não terá mais chance alguma de se libertar da vida de crimes, nem se quiser.

Ora, se um dos argumentos para reduzir a maioria penal é evitar que o crime organizado coapte o menor, na prática tal medida causaria justamente o oposto. Contudo, para alguém que já desperta para o amadurecimento, o atual

sistema do ECA é excessivamente brando, pois quem desperta ao discernimento já consegue traçar a relação custo-benefício de suas atitudes e ver que o ganho obtido pela atividade ilícita compensa, já que o castigo que o aguarda, caso seja pego, é brando, um risco calculado.

Ainda, a medíocre aplicação de medida socioeducativa de 3 anos de internação nem educa nem reprime, pelo contrário, estimula a prática de atos infracionais.

A Emenda Constitucional 33/2012 trazia sensatos ponderamentos como a punição no caso de crimes hediondos a promoção do incidente de desconsideração de imputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. Porém ousou discordar, pois creio que o melhor caminho seria aplicar aos semi-imputáveis (conceito nosso) internação pelo período equivalente à pena mínima do ato infracional análogo ao crime praticado, caso a sensibilidade do Juiz da Infância e Juventude apontasse para severa medida, posto ser ele quem pondera entre argumentos e fatos favoráveis e desfavoráveis. Decisão acrescida de posterior reavaliação, aos 21 anos, da necessidade de se manter a medida ou substituí-la por cursos regulares ou “penas” restritivas de direito.

O semi-imputável permaneceria sob a égide do ECA, porém saberia que seu nível de discernimento poderia influenciar na decisão do Juiz da Infância e Juventude.

Reforço que tratar o menor como relativamente capaz para o direito civil e para o direito eleitoral e como absolutamente incapaz para o direito penal é discrepante pois o ordenamento jurídico como um todo deve ser coerente, lógico. Ou se aceita que está havendo um amadurecimento mental naquele jovem, que já busca seu espaço no mundo ou se nega o óbvio.

A mudança de lei não causa a redução da criminalidade mas destaca da sociedade indivíduos perigosos e dá a eles a chance de repensarem suas atitudes.

Jogar toda a carga da responsabilidade pelos atos infracionais do menor ao Estado, com argumentos de coculpabilidade e de que se trata de uma minoria

etária é raso. Perceba: se o Estado detém parcela de culpa pelo desvio deste menor para a criminalidade, e, se este mesmo Estado não busca meios concretos para desestimular o menor da prática criminosa sua parcela de culpa só aumenta, já que o Estado que é o detentor do *jus puniendi* dá carta branca ao menor para aventurar-se da maneira que pretender pelo mundo do crime, ao passo que qualquer ilícito que pratique, mesmo que hediondo, bárbaro, vil, sua “pena” será de apenas três anos, limitado o cumprimento aos 21 anos de idade. Repito que um menor que tem seu desenvolvimento mental em progresso nesta idade já consegue traçar a relação custo-benefício do que auferirá na atividade ilícita e o que arcará caso seja descoberto, e é justamente nisso que o ECA peca.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO FILHO, José. *Do ato infracional*. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2011. Disponível em: . Acesso em: 31 abr. 2012.

BRASIL. *Código Penal* (1940 (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 de dez. 2018.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 26 de nov. 2016.

BRASIL, *Secretaria Nacional de Juventude (2015). Nota técnica sobre a PEC 171/93 e as*

*publicações: Índice de vulnerabilidade juvenil e mapa do encarceramento*. Brasília, 2015.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/>

especiais/55a-legislatura/pec-17  
penal/documentos/outrosdocumentos/

1-93-maioridade-

documentos-e-estudos/nota-tecnica-secretaria-geral-da-presidencia-darepublica>.

Acesso em: 04 out. 2016.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 7.ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HATHAWAY, Gisela Santos de Alencar. *O Brasil no regime internacional dos direitos*

*humanos de crianças, adolescentes e jovens: comparação de parâmetros de justiça juvenil*. Brasília: Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <00002652\_2015\_197\_o\_brasil\_no\_regime\_internacional\_dos\_dh\_justiaa\_juvenil\_gisela\_hathaway\_.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:

Saraiva, 2015.

MARTINS, I.G.S. *Imunidades tributárias, cláusulas pétreas constitucionais*. Rio de Janeiro/RJ. 2005. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista27/revista27%20%20IVES%20GANDRA%20ODA%20SILVA%20MARTINS%20-%20Imunidades%20tribut%C3%A1rias,%20cl%C3%A1usulas%20p%C3%A9treas%20constitucionais.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 18º edição. São Paulo: Editora Atlas.

OENNING, Christian Eising. *A inconstitucionalidade da redução da maioria penal*. Brasília/DF. 2011. Disponível



em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-da-reducao-da-maioridade-penal,33756.html>. Acesso em 31.12.2018

Oliveira Júnior. Eudes Quintino de et Secanho Antonelli Antonio Moreira . A extinção da atenuante da menoridade relativa do Código Penal. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269361,81042-A+extincao+da+atenuante+da+menoridade+relativa+do+Codigo+Penal.>>

Acesso: 20.01.2019

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

#### NOTAS:

[1] Art. 332, § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

[2] <https://www.ibccrim.org.br/docs/Nota-tecnica-PEC-33.pdf>

[3] Tabelas disponíveis em (Hataway, 2015, p. 54)

## **A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL DOS ÚLTIMOS ANOS DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO SÉCULO XX - MARCAS DAS LUTAS E DOS MOVIMENTOS SOCIAIS QUE CULMINARAM EM AÇÕES DE RECONHECIMENTO ESTATAL**

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

ANTONIO ROSEMBERGUE PINHEIRO E MOTA<sup>[1]</sup>

ADRIANO MENINO DE MACEDO JÚNIOR<sup>[2]</sup>

*(Coautores)*

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar as ações de saúde pública construídas no território brasileiro a partir do final do século XIX e início do século XX. Para tanto se serve de uma metodologia analítica e de revisão bibliográfica. Em busca de criar aspectos de cientificidade se serve de um considerado referencial teórico que leva em conta questões históricas, sociais, políticas e de ações em saúde a fim de se ter um entendimento geral sobre o período. Como resultado aponta as próprias transformações ocorridas dentro e fora do país, assim como a influência do pensamento higienista para a construção de ações de saúde mais sólidas a partir do patrocínio do Estado.

**Palavras chaves:** Saúde Pública – Questões sociais – Revolta da Vacina

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the public health actions built in Brazil from the end of the 19th century and beginning of the 20th century. For this, an analytical and bibliographic review methodology is used. In search of creating aspects of scientificity, it uses a considered theoretical reference that takes into account historical, social, political and health actions in order to have a general understanding about the period. As a result, it points out the very transformations occurring inside and outside the country, as well as the influence of the hygienist thinking for the construction of health actions more solid from the sponsorship of the State

**Keywords:** Public Health - Social issues - Vaccine Revolt

---

A História da Saúde Pública no Brasil é bem recente passando a ganhar atenção efetiva do Estado apenas na fase histórica brasileira definida como República Nova. Essa realidade pode ser entendida a partir de uma série de contextos que a justificam, sendo um deles de grande relevância as próprias condições de identidade do povo brasileiro, pois até 1822, com o advento do “grito do Ipiranga”, ainda não existia um sentimento de nação e mesmo após o rompimento com Portugal esse sentimento não conseguiu atingir a sua legitimidade total – subjugando-se ao fato de o país nascente ainda manter-se atrelado à metrópole portuguesa, principalmente pelo fato de mantermos uma monarquia aos moldes e à sanguinidade ibérica – sendo fortalecido aos poucos após a proclamação da República, em 1889.

Ao se fazer um recorte no que tange a Saúde pública no Brasil, levando-se em conta o início do Século XX – principalmente os 10 (dez) primeiros anos – pode-se afirmar que o seu modelo ainda estava bastante distanciado das ações governamentais ao levarmos em conta os conceitos de saúde pública atuais. Como reflexo de uma época em que o próprio país engatinhava os seus primeiros passos rumo aos ideais democráticos – esses ainda subjugados por uma elite aristocrática que ao mesmo tempo que ansiava pelo “colorido” burguês aos moldes da Europa revolucionária mantinha firme os seus pés nas tradições patriarcais, criando o escopo e a solidez da então chamada República Velha (1889-1930), criava-se o cenário propício para o eclodir de revoltas populares, geradas na própria insatisfação do povo, em face das suas condições de vida e de trabalho.

Anteriormente ao período em epígrafe a questão da saúde no Brasil caracterizava-se pelas práticas assistencialistas estando intimamente ligada ao controle de insetos e miasmas. No período do Brasil colônia, por exemplo, os enfermos só dispunham do atendimento filantrópico das Santas Casas da Misericórdia, que prestavam acolhimento aos pacientes doentes. nesse período a taxa de mortalidade ainda era alta e agressiva, a escassez dos remédios era tanta

que as vezes o medicamento era apenas canja de galinha e assim foi até a criação das primeiras terapias antibacteriana (GUIMARÃES et al., 2018).

Com a chegada da Corte Portuguesa que começam a criar-se os primeiros contornos das ações estatais como afirmam (ESCORES e TEXEIRA, 2008)

A partir de 1808, foram criadas as primeiras instâncias de saúde pública por aqui, basicamente encarregadas de habilitar e fiscalizar o registro daqueles que se dedicavam à arte da cura (médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras, sangradores, etc.) e fiscalizar os navios para impedir que chegassem novas doenças nas cidades costeiras. Com a independência, parte destas tarefas de fiscalização foi transferida aos municípios que também realizavam vacinação antivariólica em períodos de epidemias, controle da entrada de escravos doentes nas cidades, expulsão das áreas urbanas de acometidos por doenças contagiosas e purificação do ambiente. Também surgiram as primeiras faculdades e agremiações médicas. (ESCORES e TEXEIRA, p. 01, 2008)

É no século XIX que é dada a importância em estudar as condições de vida na saúde da população através do movimento da medicina social, com o avanço dos estudos em todas as partes do mundo, trazidos para o Brasil, que se fez entender o que causava as doenças e as epidemias, dando o pontapé inicial para a “era bacteriológica” que guia as pesquisas científicas, denominando os agentes etiológicos, as formas de controlar e prevenir os microrganismos. (BARROS, 2017).

De acordo com Galvão:

O século XIX assinala para o Brasil um processo de transformação política e econômica que atinge igualmente o âmbito da Medicina, inaugurando duas de suas características: a penetração na sociedade, que incorpora o meio urbano como alvo da reflexão e da prática médica, e a

situação de apoio científico indispensável ao exercício de poder do Estado. (GALVÃO)

Tomando-se como base apenas as duas últimas décadas de século XIX é possível se perceber diversos avanços no que tange a saúde nacional. Ainda de acordo com Galvão, em uma sequência cronológica dos acontecimentos, em 1889, se organizaria um laboratório sob direção de Vital Brasil, para fabricação de soros e vacinas contra a doença. Com a epidemia de peste no Rio de Janeiro, ainda nesse mesmo ano, acelera-se a criação de instituições médicas dedicadas ao seu combate assim como ao combate da febre amarela e da varíola, sendo também formalizado o Conselho de Saúde Pública. Em 1892, foi criado o Laboratório de Bacteriologia. Em 1893, foi criada a Inspeção Geral de Saúde dos portos e ainda nesse mesmo ano, sob à direção de Adolfo Luiz, o Instituto Bacteriológico realizou uma série de investigações sobre doenças e epidemias no Estado e na cidade de São Paulo. Em 1894, foi criado o Instituto Sanitário Federal e cria-se, por fim, o Instituto Soroterápico Municipal do Rio de Janeiro, em 1900, fechando-se o ciclo das principais realizações desse período. (GALVÃO).

Mas, quais as novidades do século XIX, principalmente em suas últimas décadas – quer sejam no cenário político, ideológico, educacional, social, trabalhista – que fazem coincidir com esse contexto de mudanças e avanços no pensar e nas ações da saúde pública brasileira?

Ao se analisar o contexto econômico do Brasil do século XIX pode-se perceber que muitas mudanças se processavam em face das transformações ocorridas na Europa – trabalho livre, movimento iluminista, instauração de governos republicanos etc. – nossa principal referência contextual daquele momento. Em se tratando dessa realidade, vale destacar algumas medidas tomadas em solo nacional que direcionavam o país, ainda que de forma tímida a essa nova realidade.

De acordo com Crocé (2015), durante o período oitocentista, o Brasil apresentou uma economia baseada na agroexportação, mas permitindo a criação de condições para o fortalecimento do mercado interno. No período histórico em

questão, o Brasil chegou a representar 80% da produção de cafeeira mundial e mais de 50% da produção da borracha. Ele ainda chegou a ser o maior produtor de mate do mundo e o 2º maior exportador de cacau. (TOPIK, 1987)

É nesse cenário, portanto que algumas transformações começam a se processar. Entre elas podemos destacar um conjunto de Leis datadas de 1850, tais como a Lei de Terras, a qual passava a limitar o acesso à terra; sendo esse permitido apenas através da compra; a Lei Eusébio de Queiroz, que suspendendo o tráfico negreiro passa a incentivar a entrada de mão de obra imigrante; além do Código Comercial que buscou regulamentar alguns setores da economia nacional, entre eles destacam-se o setor bancário, as instituições de crédito, as companhias de seguro. O Código Comercial criou ainda uma nova legislação de sociedades anônimas. (PAULA, 2012), (COSTA, 1987) e (FURTADO, 1980).

Pode-se destacar ainda nesse cenário a assinatura da Lei Áurea, em 1888, abolindo a escravidão no Brasil e a Proclamação da República, fato ocorrido em 1889. Tinha-se, portanto, um cenário repleto de contradições. Havia uma camada social representada pelos ex-escravos, sem habilidades técnicas para a realização de diversos trabalhos; uma grande leva de imigrantes originários da Europa e insatisfeitos com as condições de vida e trabalho. Tinha-se ainda, nesse contexto a emergência da indústria fabril, principalmente na Região Sudeste, proveniente das riquezas produzidas na lavoura cafeeira; o crescimento da vida urbana com o aumento da população das cidades, as quais surgiam de forma desorganizada e com total falta de estrutura sanitária criando-se portanto um ambiente para a eclosão de novas políticas públicas e, entre elas, as da saúde.

Trazendo como herança as fortes contradições advindas da segunda metade do século XIX, o alvorecer doséculo XX traz consigo uma situação de agravamento dos regimes da democracia liberal mediante a deterioração das condições de vida das camadas sociais menos favorecidos. Como pontos fontes dessa época pode-se destacar a queda dos salários reais no período de 1900-1914. A intensificação da agitação laboral. A recrudescência do movimento grevista e a exploração dos partidos de esquerda dessa situação, desencadeando

uma campanha violenta contra os partidos no poder. Fatos esse que culminarão na eclosão da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), (FURTADO, 1980).

São ainda características desse período o defronte dos governos liberais com o fracasso de suas doutrinas de igualdade. O liberalismo económico favorecera os mais ricos em detrimento das camadas populares. O fosso social entre a alta burguesia e o operariado era cada vez mais profunda; as instituições políticas, eram controladas pela alta burguesia em detrimento da classe média e do operariado. (PAULA, 2012).

Em se tratando do pensamento em saúde brasileiro, construído no século XX, ele vai herdar não apenas resquícios do século XIX, mas também influências do pensamento europeu, conforme afirma Mello et al, (2010) ao afirmar:

Os discursos sanitaristas sobre a saúde durante a República Velha revelam ser tanto modelos de conhecimento sobre a estrutura das doenças e suas causas, como propostas práticas de intervenção saneadora e reorganizadora do espaço físico das cidades brasileiras. A ideologia da Eugenia no Brasil foi a primeira da América do Sul a ter um movimento organizado, embora tenha sido bastante heterogêneo, trabalhando com a saúde pública e com a saúde psiquiátrica, seus esforços eram aplicados ao movimento racial. Ambos colocaram-se como discursos de controle social, cujas ideias provinham da Europa e que o Brasil não tardava a aplicar. (MELLO, et al, p. 97, 2010)

Ainda de acordo com Mello (2010) O movimento sanitarista caracterizou-se, assim como as ações de saúde de um modo geral, no Brasil, por uma função determinada a qual iria a partir da intervenção direta no corpo social, integrá-lo à nova sociedade. Mas como isso se processaria? A partir de uma reorganização espacial da urbanidade como também através de medidas que visavam higienizá-lo, discipliná-lo e organizá-lo para que os indivíduos pudessem ser moldados a luz

do novo tipo de relações sociais que estavam em implantação na sociedade brasileira.

Consoante destaca Teixeira (2016), nessa mesma época o Estado de São Paulo, à medida que se desenvolvia com os recursos oriundos do café, expandia a criação de ferrovias indústrias e mão-de-obra, o que elevou o crescimento populacional dos imigrantes, motivo para o surgimento de diversas epidemias dentre elas a febre amarela e varíola, a constituição de 1891 tornará a saúde pública competência dos governos estaduais. Com o advento do serviço sanitário de São Paulo, foram criados inúmeros laboratórios que diagnosticava as doenças auxiliando no controle das epidemias. A partir desses institutos foram criadas muitas vacinas, contribuindo na proteção das pessoas. Em 1900 foi criado o instituto Butantã, para combater a peste tendo o governo do Estado chamado o médico Vital Brasil (1865-1950) para ajudar nessa questão.

Oswaldo Cruz e Vital Brasil uniram forças, o que foi de suma importância para a saúde pública, orientando um novo caminho na luta contra as doenças infecciosas e desenvolvimento de novos tratamentos e prevenção. Teixeira (2016) ainda afirma que o instituto Butantã foi construído numa fazenda distante do bairro, que mesmo com a escassez de recursos, o laboratório dirigido por Vital Brasil, manteve-se firme ao longo dos anos e focando sua pesquisa no ofidismo, criando antídotos contra picadas de serpentes. O foco de Rodrigues Alves era investir nas obras públicas de saneamento e reforma urbana, Oswaldo Cruz designado ao combate à febre amarela, aplicando seu conhecimento originado de Cuba, no ano de 1904, segundo semestre já havia sido feita vitórias em: 153 ruas, 110.224 vitórias domiciliares, 12.971 intimações, 626 interditos. Oswaldo Cruz instaurou a obrigatoriedade da vacina da Jenner, que já era usada no Brasil desde 1801, para extinção da varíola, com a resistência da população, no dia 20 de julho, o governo aprovou no senado um projeto de lei, que no dia 31 de outubro tornava-se lei obrigatória à vacinação de Jenner (CUNHA, 2015).

Em 1903, Oswaldo Cruz foi nomeado como diretor-geral da saúde pública, pelo ministro da justiça José Joaquim Seabra, e pelo então atual presidente Rodrigues Alves, organizando uma movimentação como se fosse a guerra, com



objetivo de erradicar a febre amarela e varíola, quem não cooperasse seria um inimigo da saúde pública e como tal seria tratado, os doentes de moléstias contagiosas eram mantidos em quarentena, organizou o batalhão de “mata-mosquitos”, convenceu Rodrigues Alves a decretar a vacina obrigatória para toda a população, invadindo as casas forçando assim a vacinação, com isso a população revoltou-se (CANTISANO, 2015).

Antes da república ser consolidada, os capoeiras já eram a oposição do governo republicano, contrários à monarquia e propaganda republicando, foram obstáculos na luta contra as epidemias dando suporte a revolta da vacina, os capoeiras eram os soldados da guarda negra, sempre estavam nas movimentações e eventos políticos, com o objetivo de causar revolta, a revolta da vacina aconteceu, por divergências dos grupos políticos, de um lado o governo querendo pôr um fim na epidemia da varíola, submetendo a população a um decreto da vacina obrigatória e do outro lado à oposição discordando, afirmando que seria uma invasão ao corpo do cidadão (CUNHA, 2015). Com toda essa revolução profilática veio a ideologia de limpeza da cidade, o que se fez direciona para os grupos sociais menos favorecidos. A população reprimida enfrentava: a destruição dos cortiços que abrigavam os humildes, agora era um risco a saúde e o caráter urbano, as campanhas e o consenso de saúde pública era um incentivo a reconstruir um novo centro urbano, erradicando as moradias habitacionais, expulsando os pobres, com forte violência policial, extinção de cães sem dono, invasões aos domicílios a qualquer hora, vacas nas ruas agora eram recolhidas, entre outros decretos (ALVES, 2013).

#### *Oswaldo Cruz, monumenta histórica:*

Ecoa nas colunas dos jornais e nas páginas das revistas ilustradas da época, sobretudo as humorísticas, a luta travada entre as medidas profiláticas ordenadas por OSWALDO e a grande massa da população. Artigos de fundo estirados e caricaturas de todos os feitos, desenhadas pelos maiores artistas da época e até por crianças precoces na arte, lançavam o ridículo sobre os passos acertados do

jovem sanitaria. Com aparência de mosquito, rato, gato, peixe e encarnando todos os autocratas mais intransigentes que já existiram na face da terra, em todos os tempos, faziam-lhe a festa. A tudo e a todos respondia OSWALDO com sua acção itemerata, desprezando os apodos. Apenas coleccionava para o conhecimento das gerações vindouras, as injúrias que recebia (FALCÃO, 1971, p. 17).

As descontentamento e as críticas populares às ações governamentais podem ser percebidas nas imagens a seguir:



**Charge:** "O Sr. nada tem a fazer em casa dos Srs. Deputados... só pode atacar as casas dos particulares, e não os poupe; é carregar p'ra frente no povo miúdo", de autoria de J. Carlos. In FALCÃO, 1971, p. 30.



Fonte: Almanaque do Biotônico, 1935, p. 4 (ilustração de J. U. Campos).

Consoante destaca Nascimento (2012), a revolta da vacina não foi apenas expressa na mídia através de charges, as letras de músicas também tinham sua conotação direta a o que o governo empunhava, retratando todo aquele cenário conturbado, as letras vinham carregadas com linguagem política, sexual e humorística, como se pode ver a seguir:

<b>Rato, rato (1904)</b>	<b>Febre Amarela (1907)</b>	<b>Vacina obrigatória (1904)</b>
<b>Autores:</b> Casimiro da Rocha e Claudino Costa	<b>Autores:</b> Casimiro da Rocha e Claudino Costa	<b>Autor:</b> desconhecido
<b>Intérprete:</b> Claudino M. da Costa	<b>Intérprete:</b> Geraldo Magalhães	<b>Intérprete:</b> Mário Pinheiro
	<b>Gênero:</b> humor	<b>Gênero:</b> Cançoneta
	<b>Gravadora:</b> Odeon	<b>Gravadora:</b> Odeon

Costa		
<b>Gênero:</b> Polca		
<b>Gravadora:</b> Odeon		
<i>Rato, rato, rato /</i>	<i>“Hoje em dia em falso rente (?)</i>	<i>Anda o povo acelerado</i>
<i>Porque motivo tu roeste</i>	<i>Acabou-se a sua guerra Do</i>	<i>com horror a</i>
<i>meu baú?</i>	<i>senhor, seu Presidente Não há</i>	<i>palmatória</i>
<i>Rato, rato, rato /</i>	<i>mais febre amarela Entornou-</i>	<i>Por causa dessa</i>
<i>Audacioso e</i>	<i>se todo o caldo E o mosquito já</i>	<i>lambança da vacina</i>
<i>malfazejo gabiru.</i>	<i>não grita Porque o grande</i>	<i>obrigatória</i>
<i>Rato, rato, rato / Eu</i>	<i>mestre Oswaldo</i>	<i>Os manatas da sabença</i>
<i>hei de ver ainda o teu</i>	<i>Vai dar cabo da maldita Foi-</i>	<i>estão teimando desta vez</i>
<i>dia final</i>	<i>se (.....),</i>	<i>Em meter o ferro a pulso</i>
<i>A ratoeira te persiga e</i>	<i>Foi de embrulho,</i>	<i>bem no braço do freguês</i>
<i>consiga, / Satisfazer meu</i>	<i>Foi de embrulho a passeata Um</i>	<i>E os doutores da higiene</i>
<i>ideal.</i>	<i>manata fez barulho, Arrumou-se</i>	<i>vão deitando logo a mão</i>
<i>Quem te inventou? / Foi</i>	<i>a grande lata Diz o Oswaldo da</i>	<i>Sem saber se o sujeito</i>
<i>o diabo, não foi outro,</i>	<i>amarela Que lhe tira o seu</i>	<i>quer levar o ferro ou</i>
<i>podes crer Quem te</i>	<i>topete Antes de 7 de março</i>	<i>não</i>
<i>gerou? / Foi uma sogra</i>	<i>De 907 (Ri)</i>	<i>Seja moço ou seja velho,</i>
<i>pouco antes de morrer!</i>	<i>Pois compra sempre o</i>	<i>ou mulatinha que tem</i>
<i>Quem te criou?/ Foi a</i>	<i>Oswaldo</i>	<i>visgo Homem sério, tudo,</i>
<i>vingança, penso eu</i>	<i>Por subir com o figurão</i>	<i>tudo leva ferro, que é</i>
<i>Rato, rato,</i>	<i>Ratos 300 réis</i>	<i>servido.</i>
<i>rato, rato /</i>	<i>Camundongos a tostão Isso</i>	<i>Bem no braço do Zé povo,</i>
<i>Emissário do</i>	<i>todo vale cobre</i>	<i>chega um tipo e logo vai</i>

<p>judeu</p> <p><i>Quando a ratoeira te pegar, / Monstro covarde, não me venhas</i></p> <p><i>A gritar, por favor.</i></p> <p><i>Rato velho, descarado, roedor/ Rato velho, como tu faz horror!</i></p> <p><i>Vou provar-te que sou mau / Meu tostão é garantido</i></p> <p><i>Não te solto nem a pau.</i></p>	<p><i>E o micróbio lança grito</i></p> <p><i>Porque o Oswaldo anda comprando</i></p> <p><i>Esqueleto de mosquito Fiz economia, fiz barulho</i></p> <p><i>Foi de embrulho, passeata, Um manata fez barulho, Arrumou- se a grande lata Diz Oswaldo da amarela</i></p> <p><i>Que lhe tira o seu topete</i></p> <p><i>Antes de 7 de março De 907</i></p> <p><i>(Ri)</i></p> <p><i>Que ela acaba ou não acaba Se apertar muito as varetas</i></p> <p><i>Machucar todo o micróbio Eu estou vendo as coisas pretas</i></p> <p><i>Quero o tal mata-mosquito Pra que não se faça feio Que se bote (.....)</i></p> <p><i>Que tem mais de metro e meio</i></p> <p><i>E a economia foi de embrulho</i></p> <p><i>Foi de embrulho, passeata Um</i></p>	<p><i>Enfiando aquele troço, a lanceta e tudo o mais</i></p> <p><i>Mas a lei manda que o povo e o coitado do freguês</i></p> <p><i>Vá gemendo na vacina ou então vá pro xadrez</i></p> <p><i>Contam um caso sucedido que o negócio tudo logra</i></p> <p><i>O doutor foi lá em casa vacinar a minha sogra</i></p> <p><i>A velha como uma bicha teve um riso contrafeito</i></p> <p><i>E peitou com o doutor bem na cara do sujeito</i></p> <p><i>E quando o ferro foi entrando fez a velha uma careta</i></p> <p><i>Teve mesmo um chilikue eu vi a coisa preta</i></p> <p><i>Mas eu disse pro doutor: vá furando até o cabo</i></p> <p><i>Que a senhora minha sogra é levada dos diabos</i></p> <p><i>Tem um casal de namorados que eu conheço a triste sina</i></p>
<p><b>Fonte:</b> (NASCIMENTO, 2012)</p>		

<p><i>manata fez barulho, Arrumou-lhe a grande lata Diz Oswaldo da amarela Que lhe tira o seu topete Antes de 7 de março De 907</i></p> <p><b>Fonte:</b> (NASCIMENTO, 2012)</p>	<p><i>Houve forte rebulição só por causa da vacina A moça que era inocente e um pouquinho adiantada Quando foi para pretoria já estava vacinada</i></p> <p><i>Eu não nesse arrastão sem fazer o meu barulho Os doutores da ciência terão mesmo que ir no embrulho Não embarco na canoa que a vacina me persegue</i></p> <p><i>Vão meter ferro no boi ou nos diabos que os carregue.”</i></p> <p><b>Fonte:</b> (NASCIMENTO, 2012)</p>
---	--

Observando-se o recorte histórico brasileiro em epígrafe – final do século XIX e início do século XX – percebe-se a importância das transformações ocorridas no Brasil, advindas da forma de produzir, da construção de uma identidade nacional, da nova forma de governo adotada – de Monarquia para República – assim como da ocupação de novos espaços – o espaço urbano ocupando um novo significado – como também dos movimentos migratórios e o avanço da própria ciência para que novos contornos fossem sendo admitidos no que tange à saúde pública da época.

## REFERÊNCIAS

**Almanack do Biotônico.** São Paulo: Instituto Medicamenta – Fontoura, Serpe & Cia. 1934.

ALVES, Wendencley. **Um jornal no dissenso:** o Correio da Manhã e à campanha conta a vacinação obrigatória. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v.6, n.4 – Suplemento, fev., 2013. Disponível em: < <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/17327/2/6.pdf>> Acesso em 03/02/19.

BARROS M. B. A. **Desigualdade social em saúde: revisitando momentos e tendências nos 50 anos de publicação da RSP.** Revista de saúde pública, v. 51, n. 17, p. 1-8, 2017.

CANTISANO, Pedro Jimenez. **Lares, Tribunais e ruas:** A inviolabilidade de Domicílio e a Revolta da Vacina. Revista Direito e Praxis. Vol. 6. Núm. 11. Pp. 294-325. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. RJ. 2015.

COSTA, E. V. **Da monarquia à república.** 5º ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CROCE, Marcus Antônio. **A Economia do Brasil no século XIX.** XI Congresso de História Econômica. 12ª Conferência Internacional de História de Empresas. UFES. Vitória-ES. Disponível em: Acesso em 02/02/19

CUNHA, Fábio Samu da. **Capoeiras e a Revolta da Vacina.** Revista Espaço Acadêmico – N° 166 – março/2015.

SCORES, Sarah; TEIXEIRA, Luiz Antonio. História das políticas de saúde no Brasil de 1822 a 1963: do império ao desenvolvimentismo populista. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008. P. 333 - 384. Disponível em: Acesso em 31/01/19.

FALCÃO, Edgard Cerqueira (org.). **Oswaldo Cruz: monumenta histórica. A incompreensão de uma época – Oswaldo Cruz e a caricatura.** Coleção Brasiliensia Documenta, Volume VI, São Paulo, 1971.

FURTADO, C. **Formação Econômica do Brasil**. Rio de Janeiro, 1980.

GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. **Origem das políticas de saúde pública no Brasil: Do Brasil-colônia a 1930**. Textos do Departamento de Ciências Médicas/Escola de Farmácia. Disponível em: Acesso em 31/01/19

GUIMARÃES A. B. G., MELLO D. C., SOUSA L. A. C., SILVA S. T. F., SOUZA V. F. **A história da tuberculose associada ao perfil socioeconômico no Brasil: uma revisão da literatura**. Ciências biológicas e de saúde unit, v. 3, n. 3, p. 43-52,2018.

MELLO, Alex Oestreich de, et al. **O discurso sanitarista como discurso político e ideológico na República Velha**. Revista Historiador Número 03. Ano 03. Dezembro de 2010 Disponível em: . Acesso em 03/02/19.

NASCIMENTO, Luciana Marino e SILVA, Francisco Bento da. **De protestos e levantes: As revoltas da vacina e da Chibata na música popular**. Recorte – Revista eletrônica. Ano 9 – nº 2. 2012

PAULA, J. A. O Processo Econômico in: CARVALHO, J. M. (coord.) **A Construção Nacional (1830-1889)**. Editora Objetiva e Fundação MAPFRE. 2012.

TEXEIRA, Paulo R.: NETO, Antonio Ruffino. Ministério da Saúde. **Atualização das recomendações para tratamento da co-infecção HIV-tuberculose em adultos e adolescentes**. 2000. Disponível em: .Acesso em 03/02/19

TOPIK, S. **A Presença do estado na Economia Política do Brasil. 1889 a 1930**. Editora Record. São Paulo, 1987.

NOTAS:

[1] Professor de História das Redes Municipal e Estadual de Ensino em Natal-RN. Graduado em História pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Letras – Língua Inglesa – pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em História do Brasil pelas Universidades Integradas de Patos (FIP) e em Psicopedagogia Institucional pela Faculdade Atlântico. E-mail: rosemberguemota36@gmail.com



[2]Graduando em farmácia, pela FANEC – Faculdade Natalense de Ensino e Cultura. E-mail: [adrianomenino2016@gmail.com](mailto:adrianomenino2016@gmail.com)

## **PERCEPÇÃO, DESAFIOS E CENÁRIOS DO TRANSPORTE NA GRANDE BH (1978-2048): quando o metroferroviário será uma prerrogativa legal cumprida e o principal meio de atendimento ao público?1**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitorado XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta brevemente percepções dos desafios, cenários e potenciais do transporte na Grande Belo Horizonte no recorte temporal 1978-2018 e averiguando as improbabilidades e possibilidades de o metroferroviário se tornar meio principal de atendimento condução coletiva ao público entre 2018 e 2048. A metodologia fundamentou-se tendo como referência local, as estações ferroviárias, a rede de linha férrea já existente para a partir da escolha de diferentes regiões apresentar alguns produtos finais em certa parte já discutidos e esperados pela coletividade metropolitana. Aproveitando a malha da ferrovia, atualmente potencializada apenas para o transporte de cargas, apresenta-se a discussão de novas linhas de metrô, trens e VLTs resgatando

---

1 *Apresentação do Projeto de Pesquisa intitulado “DESCONSTRUINDO OS PROBLEMAS DE MOBILIDADE E TRANSPORTE COLETIVO DA GRANDE BELO HORIZONTE - MG: integrando corredores ecológicos, projetos culturais e propostas sustentáveis para os Sistemas BRT, Intermunicipal, Intramunicipal e Metroferroviário na RMBH” que seria integralizado como Trabalho de Conclusão de Curso em Ecologia/Bacharelado (UNIBH), mas devido à extinção do curso e impossibilidade de integralização curricular/colação de grau em 2011 passou a ser desenvolvido no âmbito do Programa Agentes Ambientais em Ação – Rede Ação Ambiental. Endereço para Correspondência: Projeto TUPAM – Transporte Urbano e Proteção Ambiental. Avenida Régulos, 130/906 (CEP 32241-210), Bairro Pedras do Riacho, Contagem – MG. E-mail: letras1989@yahoo.com.br*

vários estudos proponentes e projetos técnicos já apresentados sobre a questão nos últimos anos. A sexta maior urbe brasileira e sua grandiosa aglomeração metropolitana anseiam pela ampliação ferroviária e consecutiva conexão com os modais já existentes na capital e adjacências. Objetiva versar sobre o transporte enquanto direito social constitucional, muito embora não apresente e nem detalhe nenhuma jurisprudência específica sobre o tema na região. A discussão da temática centra-se no debate desse direito anulado e como a coletividade se estrutura direta e indiretamente na exigência do cumprimento das prerrogativas legais avaliando avanços, paralisias e retrocessos no âmbito da coletividade.

**PALAVRAS CHAVE:** Ferrovia, Metrô, Transportes, Trem, VLT.

## **INTRODUÇÃO**

Dizem que o mineiro “não perde o trem”! Será? Esta afirmação em parte equivocada representa um cenário no mínimo desafiador, com rupturas e permanências que precisam ser evidenciadas. O mineiro perde o trem, sim! E muito mais perde em qualidade de transporte, um direito social previsto na Constituição Federal. Apesar de o único trem regular de passageiros partir da capital mineira rumo a Pedro Nolasco, na Grande Vitória, a cidade tem apenas uma única linha de trem metropolitano com mais de três décadas de funcionamento. No âmbito nacional, o trem apesar de não ser o principal modal de transporte no país, ainda insiste em se fazer presente em diferentes paisagens e recortes geográficos. Há inúmeros estudos concisos e pertinentes sobre a memória da ferrovia, a paisagem cultural ferroviária e o patrimônio das estradas de ferro. Destaque para o trabalho intitulado “DA INCLUSÃO À EXCLUSÃO SOCIAL: a trajetória dos trens de subúrbio da Região Metropolitana de Belo Horizonte (1976

- 19962)". Apesar de o transporte ferroviário enfatizar apenas o escoamento de diferentes matérias primas, há trens em operação regular para turismo e também o transporte de passageiros em diferentes partes do país. Empreendimento consolidado a partir da ação pioneira de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, a via férrea foi notável precursora na expansão econômica brasileira. Basta lembrar-se do ciclo do café, cujo principal eixo era São Paulo e suas premissas na paisagem cultural da capital paulista, com destaque para a magnífica Estação da Luz, em estilo arquitetônico inglês. A Grande São Paulo, por sua vez, tem um importante sistema de transporte ferroviário metropolitano, fruto em parte, destes tempos econômicos áureos. A primeira linha de metrô da cidade construída em 1968 começou a funcionar em 1974 ligando Jabaquara à Santana. Atualmente, são cinco linhas de metrô, sete linhas de trens e uma linha de VLT (Figura 01) totalizando treze opções de deslocamento e integração. Além de Três Expressos turísticos: Jundiaí, Mogi das Cruzes e Parapabiacaba. A cidade e região metropolitana contabilizam avanços na expansão do sistema que em 2025 deve contar com um total entre dezoito em funcionamento (Quadro/Tabela I). Mas como se trata da sétima maior cidade do planeta, maior do país e da América, novas linhas são sempre pensadas e discutidas.

Quadro/Tabela I - Grande São Paulo: sistema de transporte ferroviário metropolitano

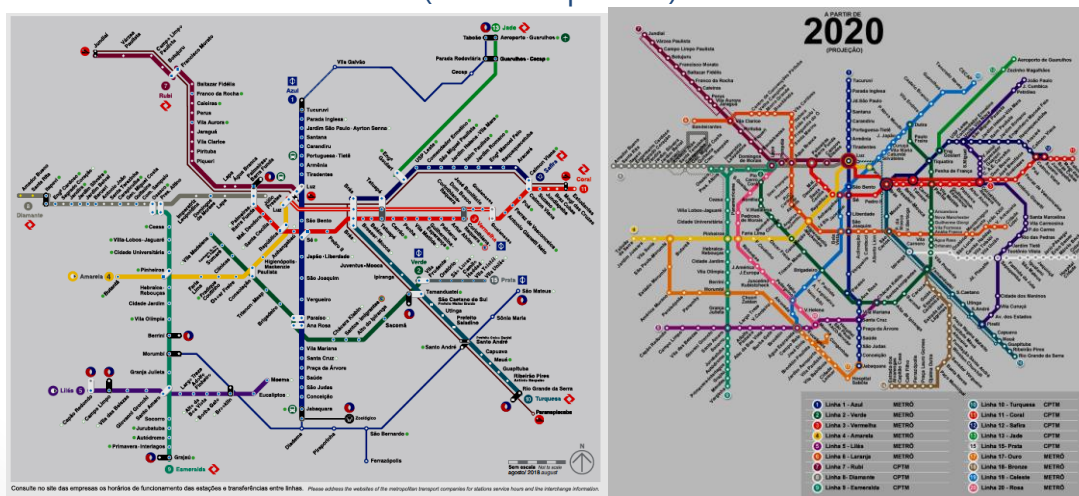
<b>Linha</b>	<b>Nome</b>	<b>Trajeto</b>	<b>Operação</b>
SP 01	Azul	Jabaquara/Tucuruvi	Cia do Metropolitano
SP 02	Verde	Vila Prudente /Vila Madalena	Cia do Metropolitano
SP 03	Vermelha	Barra Funda- Palmeira/Corinthians-Itaquera	Cia do Metropolitano
SP 04	Amarela	Luz/São Paulo-Morumbi	Via Quatro
SP 05	Lilás	Capão Redondo/Santa Cruz	Via Mobilidade

2 Dissertação de Helena Guimarães Campos apresentada em 2002 ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais - Gestão de Cidades da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Linha de Pesquisa: Cultura Urbana e Modos de Vida Orientadora: Professora Doutora Lucília de Almeida Neves Delgado

SP 06	Laranja	Bandeirantes/Cidade Líder	Linha em fase de projeto
SP 07	Rubi	Luz/Jundiaí	CPTM
SP 08	Diamante	Júlio Prestes/Itapevi	CPTM
SP 09	Esmeralda	Osasco/Grajaú	CPTM
SP 10	Turqueza	Brás/Rio Grande da Serra	CPTM
SP 11	Coral	Luz/Estudantes	CPTM
SP 12	Safira	Brás/Calmon Viana	CPTM
SP 13	Jade	Engenheiro Goulart/Aeroporto Guarulhos	CPTM
SP 14	Ónix	Guarulhos/ABC	Linha em fase de projeto
SP 15	Prata	Vila Prudente/Vila União	Via Mobilidade
SP 16	Oliva	Itaquaquecetuba/Itapeverica da Serra	Linha em fase de projeto
SP 17	Ouro	Jabaquara/São Paulo-Morumbi	Linha em fase de projeto
SP 18	Broze	Estrada dos Alvarengas/Tamanduateí	Linha em fase de projeto
SP 19	Celeste	CECAP/Água Espraçada	Linha em fase de projeto
SP 20	Rosa	Lapa/Moema	Linha em fase de projeto

Fonte: Companhia do Metropolitano de São Paulo (2018)  
<http://expansaosp.blogspot.com/2015/07/linha-14-onix-cptm.html>

Figura 01 - Grande São Paulo: sistema de transporte ferroviário metropolitano (atual e expansão)



Fonte: Fonte: Companhia do Metropolitano de São Paulo (2018)

Nas Minas Gerais, onde o "trem<sup>3</sup>" designa tudo, menos o sistema de transporte ferroviário, estações, a malha e demais infraestruturas, estão em lento processo de desintegração cultural. Assim evidencia-se a necessidade emergencial de se entender o processo de anulação do passado da via férrea<sup>4</sup> e sua desintegração coletiva no imaginário do povo brasileiro, sobretudo dos mineiros. O Site do JUSBRASIL (2018, on line) informa que:

O Ministério Público Federal (MPF) assinou nesta sexta-feira, 18 de junho, acordo judicial com o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN, a inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal-RFFSA e com a Secretaria de Patrimônio da União-SPU para reativação do Museu Ferroviário de Belo Horizonte ou criação de um Centro de Preservação da Memória Ferroviária.

Para a instalação do museu ou do centro, o acordo prevê a recuperação, pelo Iphan, do imóvel da Rua Sapucaí, 383, no Bairro Floresta, sede da extinta RFFSA. O prédio é composto por três pavimentos, porão e sótão, e atualmente, em seu segundo andar, funciona a Inventariança da RFFSA.

O acervo do antigo Museu Ferroviário de Belo Horizonte esteve depositado na Casa do Conde até o ano de 1996, quando, com a desativação da rede, foi retirado e levado para a Rua Sapucaí sem qualquer organização ou exposição ao público. Da Rua Sapucaí, parte do acervo foi recolhido

---

**3 "Trem" designa na mineiridade a famosa expressão pode significar absolutamente qualquer coisa, negócio, treco e troço. Fonte: <http://www.curtamais.com.br/uberlandia/10-expressoes-que-provam-que-o-mineiro-tem-uma-linguagem-propria>**

<sup>4</sup> Destacam-se o Museu Ferroviário que durante muito tempo funcionou na casa do Conde de Santa Marinha até ser desativado e a AMF – Associação Mineira Maquete de Ferreomodelismo, que funcionou na estação ferroviária, antes do Museu de Artes e Ofícios e hoje localiza-se na Floresta, na Rua dos Tapuias, 49.

pelo IEPHA e pela Secretaria de Estado da Cultura numa intervenção comandada pelo MP Estadual.

Em 2006, o MPF ajuizou ação civil pública para recuperar tal acervo e retorná-lo à Casa do Conde, com a reabertura do Museu Ferroviário. Acontece que, nesse meio tempo, o Iphan havia se instalado na Casa do Conde e, então, as negociações voltaram-se para a recuperação do imóvel da Rua Sapucaí, que também possui grande vinculação com a Memória Ferroviária por ter sido sede da RFFSA.

Entre as obrigações assumidas no acordo, o Iphan obrigou-se a catalogar, em 90 dias, todos os bens móveis recebidos do IEPHA e da Secretaria estadual de Cultura, apontando eventuais discrepâncias entre o que foi entregue e o devolvido. Nesse período, deverá ter início também a recuperação dos bens de valor cultural ferroviário, destinando-se ao Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre (DNIT) os bens que não se incluem nessa categoria.

**Reincorporação** O acordo também previu a reincorporação de antigos bens outrora pertencentes ao Museu Ferroviário e que tenham sido repassados, mediante convênio, a outras instituições ou entes públicos. O Iphan deverá analisar a sua relevância para o acervo do museu e, em caso positivo, solicitar a sua reincorporação, no prazo máximo de 90 dias a contar do recebimento dos bens caso estes se encontrem em bom estado de conservação, ou no prazo de dois anos, na hipótese de necessitarem de recuperação.

A estação ferroviária da Praça Rui Barbosa<sup>5</sup> (Figura 02) atualmente em seu segundo prédio, é a estação do passado e do presente (GIFFONI, 2012). Ali se

---

5 Apesar de Wirth (2006, p.92) apontar que a principal justificativa para a implantação de ferrovias em Minas Gerais era o escoamento da sua produção, principalmente do café; para a cidade de Belo Horizonte a ferrovia teve uma função diversa, servia para abastecer a cidade de tudo o quanto era necessário para a sua construção, além de transportar as pessoas e suprimentos. Dentro dessa lógica é que dois anos antes da inauguração da nova capital, no dia 7 de setembro de 1895, foi inaugurado oficialmente o ramal da Estrada de Ferro Central do Brasil – E.F.C.B., entre Belo Horizonte e a estação de General Carneiro, situada no município de Sabará. E o primeiro prédio da Estação Ferroviária, foi inaugurado em 1897. A Praça da Estação, como é popularmente conhecida, começou a ser construída em 1904 e foi inaugurada em 1914. Sendo seu primeiro prédio demolido, por não atender mais à demanda de passageiros. A estação foi

encontra a memória das quatro estações<sup>6</sup> dos Trens de Belo Horizonte (Figura 03): a Estação da Vale (EFVM<sup>7</sup>), a Estação da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, a Estação da Rede de Viação Mineira (RVM)<sup>8</sup> e a Estação da Central do Brasil. Sobre imaginários coletivos, simbolismos populares e memória, Campos (2002, p. 94) destaca que:

Extinta a EFCB<sup>9</sup> e a RFFSA<sup>10</sup>, parte das antigas linhas daquela que fora a ferrovia “central” do Brasil sobrevivem, remodeladas ou originalmente conservadas, como alguns dos trechos da atual malha ferroviária nacional que respondem pelas mais expressivas produções de transporte. Os “trens da Central”, assim chamados mesmo no período da RFFSA, circulam ainda nas vias que compõem a rede do imaginário popular, nostalgicamente evocados como parte

---

inaugurada em 11 de novembro de 1922. Em 1924, recebe o atual nome, Praça Rui Barbosa. (GIFFONI, 2012, p. 04-05)

6 Palestra “DIZEM QUE O MINEIRO “NÃO PERDE O TREM”! SERÁ? Verão, Outono, Inverno e Primavera na memória da Praça da Estação” sobre as quatro estátuas das estações do tempo e sobre as quatro estações de trem. Esta prevista para ocorrer em fevereiro de 2019, na Sala Verde da GEEDA/SMMA/PBH e tem como uma das muitas referências, [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/03/17/interna\\_gerais,283964/conheca-as-estatuas-nomades-das-quatro-estacoes-em-bh.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/03/17/interna_gerais,283964/conheca-as-estatuas-nomades-das-quatro-estacoes-em-bh.shtml)

7 Importante destacar que a “Estrada de Ferro Vitória a Minas - EFVM, pertencente à Companhia Vale do Rio Doce, que desde o período em que esteve sob o controle do poder público, é considerada a ferrovia de bitola métrica de maior densidade de tráfego do mundo” (CAMPOS, 2002, p. 119).

8 Sobre “a relevância da RMV para Minas Gerais”, Campos, (2002, p. 100) “registra residia na ligação da capital com muitas de suas cidades mais importantes das regiões Sul e Oeste do Estado que, em conexão com a capital, participavam de sua expansão e de seu desenvolvimento. Abundantes eram também as pequenas e simples cidadezinhas que por meio das linhas da RMV comunicavam-se com Belo Horizonte e, principalmente, com o centro regional mais próximo, sob cuja órbita gravitavam. Abrigando expressivas atividades agropastoris, as regiões do Estado servidas pelas linhas da Rede Mineira foram responsáveis pelo abastecimento de centros de alta densidade demográfica, destacando-se os das capitais republicana e mineira.

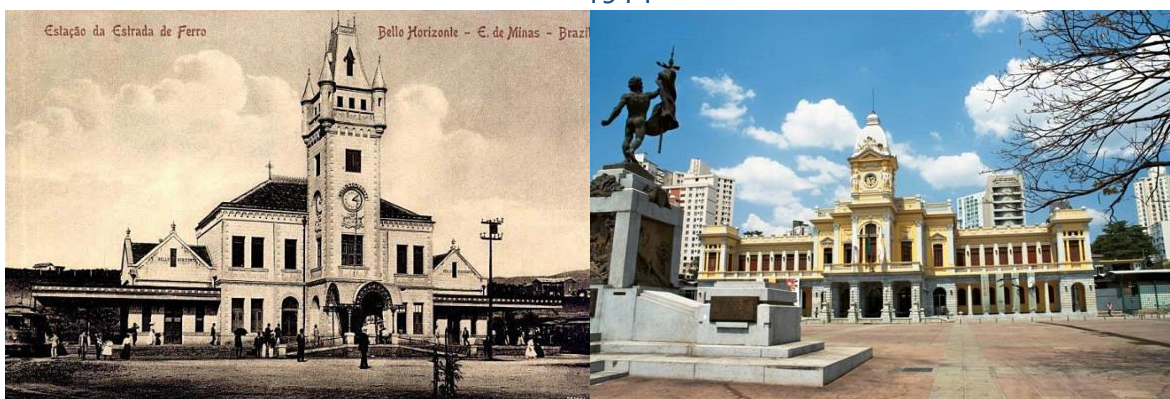
9 Questões pertinentes sobre a EFCB – Estrada de Ferro Central do Brasil são a seguir descritas na íntegra: “a primeiro de maio de 1869 os trilhos da EFCB atingiam Minas Gerais. Na província mineira, o traçado, vencendo a Serra da Mantiqueira, deveria atingir a região de Barbacena, ponto de confluência das bacias hidrográficas dos rios Doce, São Francisco e Grande. Objetivando atingir o Rio São Francisco, em 16 de julho de 1868 havia sido apresentada a proposta para o prolongamento da principal linha da ferrovia - a Linha do Centro - em direção ao Rio das Velhas; aprovada, iniciaram-se os trabalhos a seis de agosto de 1871” (CAMPOS, 2002, p. 67).

10 Acerca da RFFSA – Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima, Campos (2002, p. 83) atesta que Em 1941, a EFCB foi transformada em autarquia - regime administrativo que perdurou até a criação da RFFSA, em 1957. A constituição da RFFSA não significou o desaparecimento da Ferrovia, pois esta não só integrava a nova empresa gozando de administração independente, como podia ser considerada a sua principal estrada de ferro. Nas antigas linhas da EFCB, encontrou a RFFSA seu maior volume de transporte.



das memórias e histórias pessoais e coletivas e como símbolos de um passado tanto mais humano - ou menos anônimo - quanto mais remoto, quando a modernidade embarcava nos velhos carros de madeira tracionados pelas locomotivas a vapor, a anunciar as mudanças que viriam com os carros de aço e a era diesel. Mudanças ritmadas pelo apito e pelo balanço do trem, a prometer facilidades de locomoção, empregos e desenvolvimento.

Figura 02 - 1ª estação ferroviária de 1895 / Figura 03 - 2ª estação ferroviária de 1914



Fonte: <http://centraldobrasilnasminasgerais.blogspot.com/2010/12/8-antiga-estacao-ferroviaria-da-cidade.html>

Fonte: <http://www.miguelarcanjoprado.com/2016/04/16/saiba-quando-visitar-o-museu-de-artes-e-oficios-de-bh/>

Quadro/Tabela II – Projeto Verão, Outono, Inverno e Primavera na memória da Praça da Estação

<b>Estação</b>	<b>Ligação/Conexão</b>	<b>Localização</b>	<b>Situação</b>
Trem da CBTU	Água Branca/Venda Nova	Avenida dos Andradas	Ativa
Trem da Central do Brasil	Trens de subúrbios / Vera Cruz	Praça Rui Barbosa	Museu
Trem da Vale	Belo Horizonte/Pedro Nolasco	Rua Aarão Reis	Ativa
Trem da Viação Mineira	Várias linhas (EFOM)	Rua Sapucaí	Inativa

Fonte: [http://www.estacoesferroviarias.com.br/index\\_mg.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/index_mg.htm)

Em Minas são muitas estações de trem e histórias correlacionadas que estão se perdendo, desconstruindo o processo histórico e da paisagem cultural ferroviária e suas múltiplas interpretações e nuances. Uma perda cultural significativamente irreparável se nada for feito no âmbito da gestão pública. Assim urge conectar a discussão sociocultural e ecológica da paisagem da via férrea e de seu patrimônio correlacionado, resgatando o imaginário que a consolidou e integrando-a na rede de transportes públicos prioritariamente de matriz rodoviária, inaugurando novos usos. Um exemplo rápido é a Estação Jatobá (figura 03), no sudoeste da capital mineira, cuja casa do agente e vila ferroviária adjacente foram totalmente descaracterizadas e estão abandonadas num grande lote vago que poderia ter sido transformado em praça temática ou parque urbano. Sobre o transporte, enquanto prerrogativa legal, Campos (2002, p. 36) constata que:

Ponderar sobre a efetividade dos direitos sociais, no Brasil, exige a consideração da relação entre o papel desempenhado pelo transporte e as urgências próprias da sociedade no tocante à satisfação de seus direitos sociais – constitucionalmente reconhecidos - ao trabalho, à educação, à saúde, à proteção à maternidade e à infância e outros.

Figura 03 - Estação Jatobá



Fonte: [http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb\\_mg\\_paraopeba/jatoba.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_paraopeba/jatoba.htm)

Um resgate se evidencia para com a memória e a identidade coletiva com mobilizações. Noticiários trazem esperanças de reativação dos trens<sup>11</sup> através a militância de organizações não governamentais. Desde agosto de 1986 (Figura 05), a capital mineira apresenta alternâncias, permanências e rupturas na construção de um modal ferroviário integrado à rede rodoviária da cidade e do entorno metropolitano. O único trem da urbe funciona desde agosto de 1986 (figura 04) com gestão federal da CBTU e transição para uma autarquia estadual criada há quase 22 anos, a METROMINAS, sigla correspondente a Trem Metropolitano de Belo Horizonte<sup>12</sup> S/A:

uma empresa pública cuja criação foi autorizada por meio da lei estadual nº 12.590, de 25 de julho de 1997, sendo constituída em 1999, passando a ser de sua competência a administração, fiscalização e exploração do transporte ferroviário urbano e metropolitano de passageiros no Estado de Minas Gerais. Trata-se de sociedade anônima de capital fechado de entes internos cuja composição acionária é representada por 65,45% pelo Estado de Minas Gerais, 22,65% pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e 11,9% pela Prefeitura Municipal de Contagem. Com a aprovação do projeto do metrô<sup>13</sup> de Belo Horizonte e região

---

11 ONG TREM, sigla de transporte e ecologia em movimento. Rua dos Carijós, 136 - Centro, Belo Horizonte, Minas Gerais. A OSCIP Amigos do Trem, conta Voluntários em várias regiões do Brasil, além de dezenas de simpatizantes e colaboradores, que contribuem de forma direta e indireta com a entidade. Rua Salvador Nota Roberto nº 09 - Bairro Industrial - Juiz de Fora, Minas Gerais

12 A sigla TMBH equivale também à expressão “Trem Metropolitano de Belo Horizonte”. Apesar de chamado popularmente de metrô, que seria uma abreviatura de (metro)politano, o trem da capital difere dos metrôs do Rio de Janeiro e São Paulo, se considerada a forma, mecanismo e processo de alimentação elétrica.

13 **Decreto Municipal nº 15.317, de 02 de setembro de 2013**

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I Dos Conceitos e Definições

(...)

Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

metropolitana na segunda fase do Programa de Aceleração ao Crescimento, o PAC MOBILIDADE<sup>14</sup>, pode-se dar início à elaboração dos projetos de engenharia e serviços de topografia e geotecnia necessários para tanto. Os projetos básicos das linhas 01, 02 e 03 estão concluídos, o projeto da Linha 04 está em fase de conclusão, e as expansões das linhas 02 e 03 e a implantação da linha 05 estão com termo de referência concluídos, aguardando a aprovação da CEF<sup>15</sup> para serem licitados, de forma que o repasse de recursos do Governo Federal para pagamento das despesas supra acarretou em considerável aumento na movimentação financeira mensal da METROMINAS.

Figura 04 - Trem 1986

---

(...)

XVI - METRÔ: sistema de transporte que utiliza trens de alta performance, com carros operando em vias exclusivas, sem cruzamentos em nível, possuindo estações com plataformas elevadas e com controle centralizado;

(...)

14 PAC MOBILIDADE: Criado em 2007 o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) promoveu a retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, contribuindo para o seu desenvolvimento acelerado e sustentável. Fonte: <http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac>

15 O Programa Pró-Transporte busca financiar, ao setor público e ao setor privado, a implantação de sistemas de infraestrutura do transporte coletivo urbano e de mobilidade urbana, atendendo prioritariamente áreas de baixa renda e contribuindo para a promoção do desenvolvimento físico-territorial, econômico e social, como também para a melhoria da qualidade de vida e da preservação do meio ambiente. Fonte: <http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/urbanizacao-transporte-infraestrutura/pro-transportes/Paginas/default.aspx>



Fonte: <https://transferr.wordpress.com/2014/10/26/trens-acoplados-sucesso-nas-linhas-da-cbtu-em-belo-horizonte/>

A realidade é que decorridos três décadas de trem metropolitano, a região colecionou avanços e retrocessos do poder público na ampliação do sistema e a população aguarda soluções emergenciais. Mas porque o brasileiro, em especial, o mineiro não vislumbra mais as possibilidades múltiplas do transporte ferroviário turístico e de passageiros (Figura 05) concentrando-se apenas no transporte de cargas<sup>16</sup>? Como um resgate cultural será melhor aos mineiros, em especial,

---

**160 maior trem do mundo** - *Carlos Drummond de Andrade* (nascido em Itabira, MG - 1902-1987) O maior trem do mundo...

Leva minha terra...Para a Alemanha...

Leva minha terra... Para o Canadá...

Leva minha terra... Para o Japão...

O maior trem do mundo...

Puxado por cinco locomotivas a óleo diesel... Engatadas geminadas desembestadas.

Leva meu tempo, minha infância, minha vida... Triturada em 163 vagões de minério e destruição...

O maior trem do mundo...

Transporta a coisa mínima do mundo... Meu coração itabirano...

Lá vai o trem maior do mundo... Vai serpenteando, vai sumindo...

E um dia, eu sei não voltará... Pois nem terra nem coração existem mais.

associando-o à memória da via férrea, ao deslocamento sustentável e à preservação ecológica. Do trem se descortinam belas paisagens aos olhos enunciando a leitura, percepção e interpretação dos arranjos sociais e seus recortes espaciais e temporais: geografia, história, ecologia se alternam nas janelas e no imaginário dos passageiros. Neste sentido, avanços podem ser vislumbrados com o advento da Lei Estadual nº 23.230 de 04 de janeiro de 2019, que por sua vez reconheceu “como de relevante interesse cultural do Estado as linhas e os ramais ferroviários existentes em Minas Gerais”.

### **O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS,**

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, promulgo a seguinte lei:

Art. 1º – Ficam reconhecidos como de relevante interesse cultural do Estado as linhas e os ramais ferroviários existentes em Minas Gerais.

Parágrafo único – O reconhecimento previsto no *caput* estende-se aos bens móveis e imóveis associados a linhas e ramais ferroviários operacionais ou não operacionais e seus remanescentes, em qualquer grau de conservação.

Art. 2º – O Estado apoiará as entidades interessadas na realização de ações de salvaguarda dos bens associados ao patrimônio cultural ferroviário.

Art. 3º – A supressão de linhas ou ramais ferroviários no Estado, ainda que de trechos remanescentes, de qualquer extensão, será precedida por audiências públicas com os setores afetados e fica condicionada à aprovação dos órgãos responsáveis pela política de preservação do patrimônio cultural e dos demais órgãos públicos competentes, fundamentada em estudos técnicos que demonstrem a impossibilidade de se dar destinação ferroviária, turística ou cultural para a linha ou o ramal.

---

(Publicado em 1984 – Jornal “O Cometa Itabirano”)

Art. 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, aos 4 de janeiro de 2019; 231º da Inconfidência Mineira e 198º da Independência do Brasil.  
 ROMEU ZEMA NETO

Figura 05 - Trem 2014



Fonte: <https://viatrolebus.com.br/2018/11/metro-de-bh-com-nova-tarifa-integracao-com-onibus-tambem-vai-subir/>

Nota-se que as grandes cidades têm múltiplos sistemas de transporte diferenciados e em sua maioria, integrados. É uma área bastante complexa e sua compreensão vai do local ao global, pegando exemplos viáveis e inviáveis de diferentes partes dos cinco continentes, em especial grandes metrópoles com populações superiores a dez milhões de habitantes (Quadro/Tabela III) como o Cairo, na África; New York, na América do Norte; Bogotá, na América do Sul; Tóquio, na Ásia; Paris, na Europa, dentre outras megalópoles.

Quadro/Tabela III – Sistemas de metrô de grandes metrópoles mundiais com populações superiores a dez milhões de habitantes

Cidade/região metropolitana	População	Extensão	Estações	Qtde de passageiros
-----------------------------	-----------	----------	----------	---------------------

Tóquio (Japão)	37,8 milhões	328,8 km	283	7.000.000
Jacarta (Indonésia)	31,3 milhões	107 km	***	173.000
Deli (Índia)	23,7 milhões	327 km	236	2.530.000
Seul (Coreia do Sul)	23,6 milhões	287 km	266	7.000.000
Manila (Filipinas)	23 milhões	50 km	44	Sem dados
Mumbai (Índia)	22,9 milhões	11.4 km	12	Sem dados
Karachi (Paquistão)	22,8 milhões	121	62	Sem dados
Xangai (China)	22,7 milhões	500 km	289	6.700.000
Nova York (EUA)	20,7 milhões	369 km	468	5.000.000
São Paulo (Brasil)	20,6 milhões	96 km	82	4.000.000
Pequim (China)	20,4 milhões	450 km	324	3.500.000
Cidade do México (México)	20,2 milhões	226,5	136	Sem dados
Guangzhou-Foshan (China)	18,8 milhões	260 km	144	5.600.000
Osaka – Kobe - Kyoto (Japão)	17 milhões	160	131	Sem dados
Moscou (Rússia)	16,6 milhões	320,9 km	192	9.200.000
Daca (Bangladesh)	16,3 milhões	20,1	52	483.000
Cairo (Egito)	16 milhões	63,5	51	Sem dados
Bangkok (Tailândia)	15,4 milhões	21	18	Sem dados
Los Angeles (EUA)	15,2 milhões	28	16	Sem dados
Calcutá (Índia)	14,9 milhões	27,2	24	Sem dados

Fonte: relatório "Demografia das Áreas Urbanas do Mundo", do centro de estudos urbanos dos EUA (Demographia):



Atualmente nota-se que no Brasil, as maiores metrópoles têm empreendido ações para resolver ou minimizar o deslocamento da população com expansão dos sistemas de BRT's, VLTs, e o trem/metrô seja subterrâneo ou de superfície. Além disso, projetos culturais devem reafirmar e legitimar os patrimônios ferroviários enquanto legados da nação. Trens de superfície e VLTs têm se ampliando totalizando 19 sistemas em todo o país por ordem de quantidade de passageiros transportados: Metrô de São Paulo, CPTM São Paulo, Metrô Rio de Janeiro, Trens Rio de Janeiro, Metrô Salvador, Recife, Brasília, Belo Horizonte, Porto Alegre, VLT Rio de Janeiro, VLT Santos/Baixada Santista, Fortaleza, Natal, Trens Salvador, João Pessoa, Teresina, Maceió, VLT Sobral e VLT Cariri. O Quadro/Tabela IV muda esta ordem de capacidade de transportes de passageiros e reorganiza os 19 sistemas por extensão. É notável que ao se dividir o número de estações pela extensão da via férrea, tem-se a média de uma estação a cada 01 km.

Quadro/Tabela IV - experiências do metrô/trem/VLT consolidados em diferentes cidades do país.

<b>Cidade</b>	<b>População</b>	<b>Pass.</b>	<b>Extensão</b>	<b>Quantidade</b>	
Trens Rio de Janeiro - RJ	12.699.743 hab.	600.000	258,0 km	102 estações	08 linha
CPTM São Paulo - SP	21.571.281 hab.	2.921.000	273,0 km	94 estações	07 linha
João Pessoa - PB	720.954 hab.	7.300	30,0 km	12 estações	01 linha
Metrô de São Paulo - SP	12.176.866 hab.	3.980.000	93,5 km	81 estações	06 linha

Recife – PE	1.637.834 hab.	337.000	71,0 km	36 estações	04 linha
Metrô Rio de Janeiro - RJ	6.688.927 hab.	850.000	58,0 km	41 estações	03 linha
Natal - RN	803.739 hab.	12.600	55,7 km	22 estações	02 linha
Fortaleza – CE	2.643.247 hab.	35.000	48,6 km	32 estações	03 linha
Porto Alegre – RS	1.479.101 hab.	200.000	44,2 km	23 estações	01 linha
Brasília – DF	2.974.703 hab.	210.000	42,3 km	24 estações	02 linha
Metrô Salvador – BA	2.857.329 hab.	350.000	33,0 km	20 estações	02 linha
Maceió – AL	1.012.382 hab.	4.700	32,1 km	15 estações	01 linha
Belo Horizonte – MG	2.501.576 hab.	230.000	28,2 km	19 estações	01 linha
VLT Rio de Janeiro - RJ	*****	57.000	14,0 km	25 estações	02 linha
VLT Sobral – CE	147.353 hab.	3.700	13,9 km	12 estações	02 linha
Trens Salvador – BA	3.899.533 hab.	11.100	13,5 km	10 estações	01 linha
Teresina - PI	767.559 hab.	7.200	13,5 km	09 estações	01 linha

VLT Cariri – CE	601 817 hab.	1.300	13,6 km	09 estações	01 linha
VLT Santos/Baixada Santista –SP	1.848.654 hab.	35.000	11,5 km	15 estações	01 linha

Fonte: <http://www.mobilize.org.br/noticias/10564/metros-avancam-lentamente-em-cidades-brasileiras.html>

Belo Horizonte é o oitavo sistema em quantidade de passageiros transportados e o 13º complexo ferroviário em extensão da malha. Cinco das dez maiores capitais brasileiras em população não dispõe de metros, trens ou VLTS implantadas são elas: Manaus – AM, com 2.145.444 habitantes, Curitiba – PR, com 1.917.185 habitantes, Goiânia – GO, com 1.495.705 habitantes, Belém – PA, com 1.485.732 habitantes e São Luiz – MA, com 1.094.667 habitantes. O metrô subterrâneo ainda é algo raro no território brasileiro sendo apenas presente na realidade citadina em grandes centros urbanos, como em São Paulo e no Rio de Janeiro (Figuras 06 e 07).

Figura 06 - Metrô em circulação na cidade de São Paulo



Fonte: <https://viatrolebus.com.br/2013/05/modernizacao-dos-trens-do-metro-de-sp-pode-atrasar-e-nova-sinalizacao-e-um-problema/>

Figura 07 - Metrô parado em uma estação na cidade do Rio de Janeiro



Fonte: <http://diariodoacionista.com.br/passageiros-do-metro-do-rio-ja-podem-ir-da-tijuca-a-barra-sem-trocar-de-trem/>

## REGIÕES ESCOLHIDAS DA GRANDE BELO HORIZONTE

É necessário e emergencial integrar as Linhas Metroferroviárias Metropolitanas existentes ao único ramal<sup>17</sup> ferroviário da CBTU. Esta ação se faz possível através da construção e/ou ampliação dos Terminais Metropolitanos nas atuais e/ou futuras estações do denominado trem metropolitano: Glória/Novo Eldorado, Eldorado/Água Branca, Camargos/Cidade Industrial, Jardinópolis/Vila Oeste,

---

<sup>17</sup> Atualmente, o Metrô da RMBH se resume à sua Linha 01 com extensão da linha operacional de 28,2 Km entre as estações Eldorado e Vilarinho, 19 estações, *headway* de 4 minutos na hora pico, com uma demanda média de 221.488 mil passageiros / dia e operando 25 TUE's em composição de 04 carros. O projeto foi desenvolvido à época com os seguintes objetivos básicos: 1 - Implantar um sistema de transporte urbano sobre trilhos com características metroviárias que atendessem à população da área de influência direta e indireta das linhas já existentes da RFFSA. 2 - Melhorar as condições operacionais das linhas de carga que cortavam a Região Metropolitana, eliminando as passagens de nível e ampliando a capacidade de transporte. 3 - Racionalizar e modernizar o sistema de transporte urbano da RMBH, proporcionando maior fluidez ao tráfego rodoviário e ferroviário.

Gameleira/Coração Eucarístico, Rodoviária/Nova Suíça, Calafate/Padre Eustáquio, Contorno/Carlos Prates, Lagoinha/Rio Branco, Central/Rui Barbosa, Boulevard/Santa Efigênia, Andradas/Santa Tereza, Independência/Horto Florestal, Boavista/Santa Inês, Penha/José Cândido, Palmares/Minas Shopping, Pirajá/São Gabriel, Suzana/Primeiro de Maio, Guarani/Waldomiro Lobo, Floramar/Jardim Guanabara e Vilarinho/Vila Clóris. Há defensores de sua ampliação após Vilarinho sentido Cidade Administrativa até Confins (Figura 08): Consolação/Venda Nova, Canaã/Serra Verde e CAMIG/Cidade Administrativa foram projetadas pela CBTU. De lá, a linha passaria pelo Centro de Vespasiano até o Aeroporto de Confins.

Figura 08 - ampliação CBTU – Linha TMBH- 01 Trecho Vilarinho Cidade Administrativa



Fonte: <https://slideplayer.com.br/slide/52418/>

São 28,1 km de extensão de viagem média de entre 47 e 60 minutos entre os dois terminais e atendimento diário entre 178.000 e 230.000 passageiros (Quadro/Tabela V). De dezenove estações atuais, apenas uma delas é parcialmente subterrânea, a Waldomiro Lobo, sendo que o trecho tem três pequenos tuneis: José Cândido da Silveira, Primeiro de Maio e Waldomiro Lobo. Mas a capital ainda segue alternando sistemas viários, com priorização para o

modal rodoviário (Figura 09). Garrides, Sobre o trem de BH, Souza e Campos Neto (2016) avaliam que:

O nome Metrô é utilizado para designar trens elétricos urbanos que transitam por vias específicas e isoladas, operação automatizada e com maiores velocidades (FERRAZ; TORRES, 2004). No Brasil, a maior parte é de superfície, por questões de custo, geralmente aproveitando as linhas férreas já existentes e adaptando-as para aumentar a capacidade e velocidade (MEDEIROS, 2006<sup>18</sup>). Está presente nas principais capitais, operando efetivamente como Metrô em São Paulo e no Rio de Janeiro, em escala bem menor, Brasília e Recife e em outras cidades, não é efetivamente um Metrô, trata-se de ramais ferroviários modernizados e dotados de melhorias operacionais, caso de Belo Horizonte, Fortaleza e Porto Alegre (HERDY *et al.*, 2012<sup>19</sup>). Destacam ainda o tamanho da malha existente na cidade de São Paulo, reconhecida por investir maiores volumes de recursos, e com mais regularidade, em transporte metroferroviário, muito inferior se comparada a outras cidades, como se observa na Tabela 1.

Figura 09 – BH: sistemas viários, com priorização para o modal rodoviário

---

18 MEDEIROS, Heloísa. Engenharia Subterrânea. **Téchne**, edição 107, 2006.

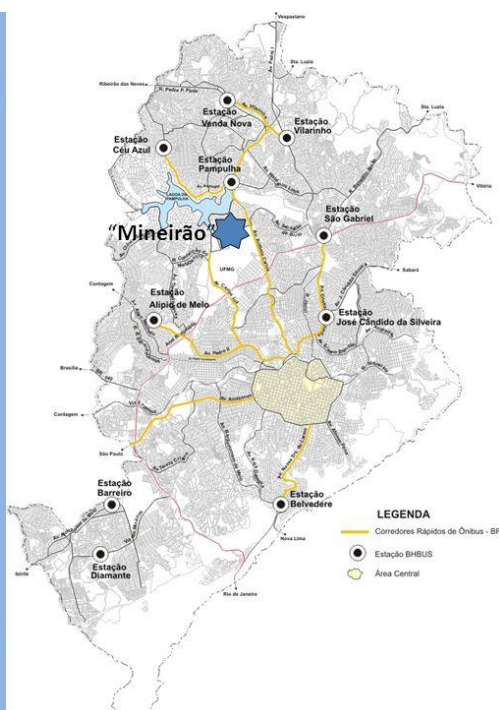
19 HERDY, Rafael R. *et al.* **Transporte urbano**: o papel do BNDES no apoio à solução dos principais gargalos de mobilidade. Online, 2012.

**Corredores BRT:**

- Antônio Carlos – Dom Pedro I
- Pedro II – Carlos Luz
- Amazonas
- Cristiano Machado
- N. Sra. do Carmo

↓

**60 km de vias**



Fonte:

<https://slideplayer.com.br/slide/351181/2/images/7/60+km+de+vias+Corredores+BRT%3A+Ant%C3%B4nio+Carlos+%E2%80%93+Dom+Pedro+I.jpg>

Quadro/Tabela V - atuais e/ou futuras estações do único trem metropolitano (figura 10)

Estação de trem	Localização	Inauguração	
		Qtde de passageiros	
Novo Eldorado	Avenida Helena Vasconcelos Costal altura da Rua Portugal, Bairro Glória	Em projeto	
Água Branca	Avenida Babita Camargos, altura da Rua Jequitibás, Bairro Eldorado	Ago/19 86	25.23 1
Cidade Industrial	Rua Cláudio Oliveira Neves, altura da Praça Atalaia, Bairro Camargos	Ago/19 86	2.529
Vila Oeste	Rua Quilombo, altura da Rua Sacadura Cabral, Bairro Jardimópolis	Jul/1999	3.912
Coração Eucarístico	Rua Conde Pereira Carneiro, com Via Expressa, Bairro Gameleira	Ago/19 86	6.524
Nova Suíça	Avenida Tereza Cristina, altura da Rua Juscelino Barbosa, Rodoviária Projetada e Inacabada	Em projeto	
Padre Eustáquio	Avenida Guaratã, esquina Avenida Salvador Pilló, Bairro Calafate	Ago/19 86	6.515

Carlos Prates	Avenida do Contorno, esquina com Avenida Tereza Cristina, Prado	Ago/1986	8.860
Rio Branco	Avenida do Contorno, altura Praça da Rodoviária, Bairro Lagoinha	Ago/1986	14.291
Rui Barbosa	Avenida dos Andradas, altura da Praça da estação, Floresta Região Central	Abr/1987	16.943
<b>Trecho A</b>	<b>Novo Eldorado/Rui Barbosa</b>	<b>1986/1987</b>	<b>99.096</b>
<b>Região de integração e acesso ao Hipercentro da Capital Mineira</b>			
Santa Efigênia	Avenida dos Andradas, altura Rua Levi Coelho, Shopping Boulevard	Abr/1992	7.477
<b>Região de integração e acesso ao Hipercentro da Capital Mineira</b>			
Santa Tereza	Avenida dos Andradas, altura Rua Moises Kalil, (leito do Ribeirão Arrudas)	Dez/1992	5.483
Horto Florestal	Rua Conselheiro Rocha, altura Rua Dias de Faria, Estádio Independência	Dez/1993	3.155
Santa Inês	Avenida Gomes Pereira, altura Rua Cândido Araújo, Bairro Boavista	Dez/1994	4.382
José Cândido	Rua Gustavo da Silveira, altura da Rua Timóteo, (entrada de Sabará), Bairro Penha	Abr/1997	5.106
Minas Shopping	Rua Lauro Gomes Vidal, região dos Jardins, Bairro Palmares	Jul/1999	5.788
São Gabriel	Anel Rodoviário entre Via 240 e Rua Jacuí, Bairro Pirajá	Jan/2002	13.400
Primeiro de Maio	Avenida Cristiano Machado, altura Avenida Sebastião de Brito, Bairro Suzana	Abr/2002	2.357
Waldomiro Lobo	Avenida Cristiano Machado, altura da Avenida Waldomiro Lobo, Bairro Guarani	Jul/2002	4.360
Jardim Guanabara	Avenida Cristiano Machado, altura Avenida Deputado Último de Carvalho, Bairro Floramar	Jul/2002	3.938
Vila Clóris	Avenida Cristiano Machado, esquina com Avenida Vilarinho, Bairro Laranjeiras	Set/2002	11.954
<b>Trecho B</b>	<b>Rui Barbosa/Vila Clóris</b>	<b>1992-2006</b>	<b>71.877</b>

Fonte: adaptado de CBTU (01/12/2015)

<https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/sistemas-cbtu/belo-horizonte>  
<https://web.archive.org/web/20111214015016/http://www.metrobh.gov.br/v2/final/operacao/estacoes/estacoes.html>  
<http://www.metrobh.gov.br/v2/final/operacao/estacoes/estacoes.html>  
<http://www.tgvbr.protem.org/phpBB3/viewtopic.php?f=18&t=4797>





trens e VLTs<sup>20</sup> se fazem emergenciais (figura 11). São quatro décadas de lentidão do sistema metroferroviário, conforme descreve:

O Metrô da RMBH tem sua história iniciada ao final dos anos 70 quando o GEIPOT<sup>21</sup>, antigo órgão de planejamento do Ministério dos Transportes, foi incumbido de desenvolver um projeto para a RMBH a fim de resolver ao mesmo tempo o estrangulamento da capacidade de transporte de cargas face às “passagens de nível” no meio urbano e melhorar o transporte ferroviário de passageiros. Desta forma, o Metrô da RMBH foi projetado na mesma diretriz do leito ferroviário existente, reduzindo-se assim o custo de implantação e equacionando o problema da travessia da RMBH. A carga foi mantida em seu leito original, mas com linha exclusiva e retificação de alguns trechos.

Quadro/Tabela VI – Sistemas administrado pela CBTU no Brasil

Sistema CBTU	Ano	Linhas	Extensão	Nº Est.	Passageiros
CBTU Belo Horizonte	1986	01 Eldorado/Vilarinho	28,1	19	210.000
CBTU João Pessoa	1985	01 Cabedelo/Santa Rita	30,0	12	10.100
CBTU Maceió	1997	01 Jaraguá/Lourenço de Albuquerque	34,3	15	11.000
CBTU Natal	1984	01 Ceará Mirim/Natal 02 Paranamirim/Natal	38,5 17,7	12 10	9.300

<sup>20</sup> Decreto Municipal nº 15.317, de 02 de setembro de 2013

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I Dos Conceitos e Definições

(...)

Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

(...)

XXXV - VEÍCULO LEVE SOBRE TRILHOS (VLT): sistema sobre trilhos, caracterizado por sua habilidade de operar com carros únicos ou pequenas composições em vias exclusivas em nível, em nível elevado, subterrâneo ou, ocasionalmente, em tráfego compartilhado nas vias urbanas;

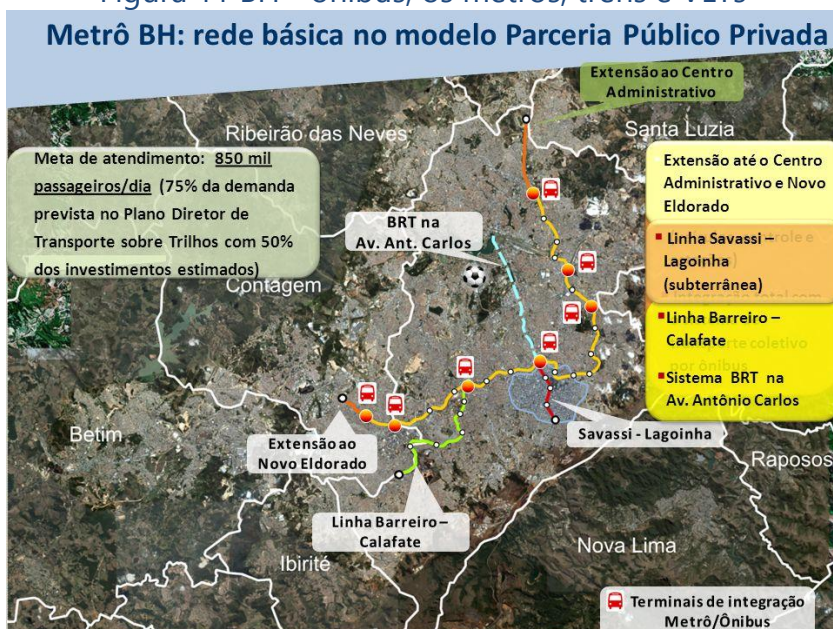
(...)

<sup>21</sup> GEIPOT: Segundo Campos (2002, p. 14) GEIPOT significa Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes.

CBTU Recife	198 3	01 Recife/Coqueiral/Camaragibe	s/d	15	71 km de vias
CBTU Recife	198 3	02 Recife/Coqueiral/Jaboatão	s/d	14	400.000
CBTU Recife	198 3	03 Recife/Cajueiro Seco	s/d	12	
CBTU Recife	198 3	04 Cabo/Cajueiro Seco	s/d	07	
CBTU Recife	198 3	05 Curado/Cajueiro Seco	s/d	04	

Fonte: <https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/sistemas-cbt>

Figura 11 BH - ônibus, os metrô, trens e VLTs



Fonte:

<https://slideplayer.com.br/slide/351181/2/images/5/Metr%C3%B4+BH%3A+rede+b%C3%A1sica+no+modelo+Parceria+P%C3%BAblico+Privada.jpg>

O transporte coletivo sustentável efetivado através do BRT, metrô, micro-ônibus, ônibus, trens e VLTs não é a única solução para a questão dos problemas de trânsito e da poluição atmosférica, mas é uma das principais alternativas mediadoras e minimizadoras de potenciais conflitos (Figura 12). Porque as propostas metroferroviárias para a Grande BH, nunca se efetivaram de fato restringindo-se a uma única linha de trem? Propor novos sistemas de integração

municipal e metropolitana: BRT, Metrô, Trem22, VLT evidenciando as possibilidades sustentáveis para o período 2018-2048. Para Garrides, Souza e Campos Neto (2016), há permanências e rupturas no único trem de passageiros da cidade:

Em Belo Horizonte a Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU é a empresa responsável pela implantação, gestão e operação do Metrô BH, que compreende a Linha 1, com extensão de 28,1 km, 19 estações e 6 terminais, abrangendo os municípios de Belo Horizonte e Contagem (CBTU, 201523). Atualmente são realizadas 280 viagens em dias úteis, 206 aos sábados e 156 aos domingos e feriados, em trens com capacidade de 1026 passageiros, que equivalem a 12 ônibus lotados (CBTU, 2015). O sistema de transporte é característico de tronco alimentador, com as Estações de ponta Eldorado e Vilarinho, ligando a região oeste da Região Metropolitana de Belo Horizonte, às margens da área central de Belo Horizonte, com a região Norte, na divisa do município de Santa Luzia/Vespasiano, (CBTU, 2015). Esta linha apresenta demanda pendular nos dias úteis, realizando a maioria das viagens casa-trabalho/trabalho-casa, no pico da manhã com carregamentos mais expressivos ocorrendo das extremidades (Vilarinho e Eldorado) para a região central de Belo Horizonte, e, na parte da tarde, nos sentidos opostos (SETOP, 2012). Possui estações de integração com o sistema ônibus nas pontas e intermediárias em São Gabriel e José Cândido e quatro com conexão à área central, sendo elas: Santa Efigênia, Central, Lagoinha e Carlos Prates (CBTU, 201524).

---

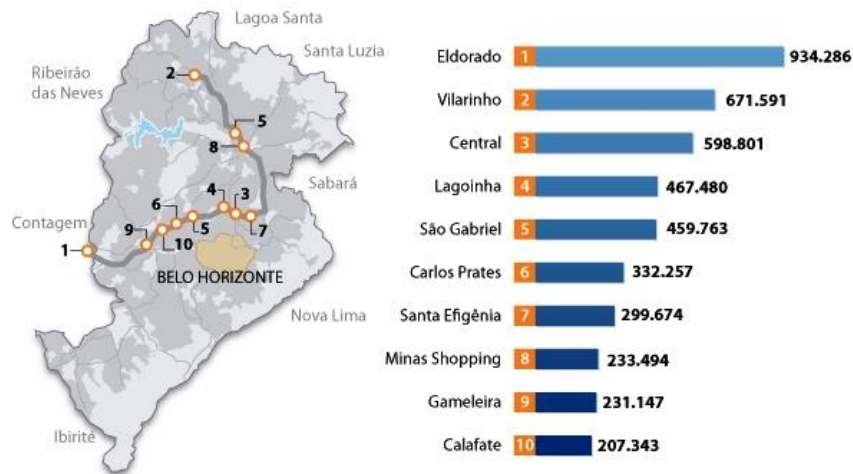
22 Uma problematização cultural se faz incessante e insistente. Se o trem fez e ainda faz parte da realidade cultural dos mineiros, porque o estado e a região metropolitana colecionam a gradativa ruptura como paisagem culturais ferroviárias pretéritas, com malhas abandonadas, estações destruídas e tantas outras desconstruções culturais e ecológicas em curso.

23 COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU. **A CBTU**. Online. Disponível em: <[www.metrobh.gov.br/cbtu/final/empresa/a\\_cbtu/acbtu.htm](http://www.metrobh.gov.br/cbtu/final/empresa/a_cbtu/acbtu.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

24 COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU. **Linha 1 – Atual**. Belo Horizonte: CBTU, mapa. Escala indeterminável. Disponível em:

Figura 12

**As 10 maiores estações da CBTU**



Fonte:

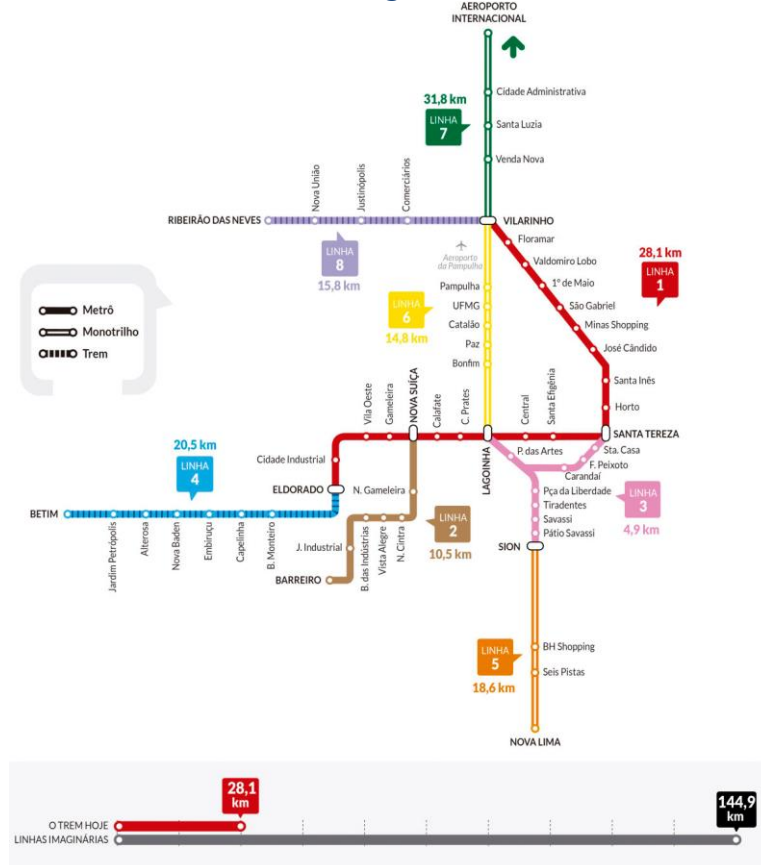
[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/05/03/interna\\_gerais,381621/metro-de-bh-registra-recorde-de-passageiros-estacao-eldorado-e-a-mais-movimentada.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/05/03/interna_gerais,381621/metro-de-bh-registra-recorde-de-passageiros-estacao-eldorado-e-a-mais-movimentada.shtml)

O Jornal Estado de Minas promoveu uma reportagem especial intitulada "Metrô Imaginário (Figura 13) na qual destaca a ampliação do sistema para além da linha 01 com seus 28,1 km, sendo mapeada a linha 02 com 10,5 km, linha 03 com 4,9 km, linha 04 com 20,5 km, linha 05 com 18,6 km linha 06 com 14,8 km, linha 07 com 31,5 km e linha 08 com 15,8 km (Figura). O Metrô entre Lagoinha/Sion (linha 03) passando pelo Palácio das Artes, Praça Tiradentes, Praça da Liberdade, Praça da Savassi e Pátio Savassi. O Metrô entre Nova Suíça/Barreiro (linha 02) passando pela Nova Gameleira, Nova Cintra, Vista Alegre, Bairro das Indústrias e Jardim Industrial. O Metrô entre Santa Tereza/Eldorado passando pela Santa Efigênia, Central, Lagoinha, Carlos Prates, Calafate, Nova Suíça, Gameleira, Juscelino Kubitschek e Cidade Industrial. O Metrô entre Santa Tereza/Sion passando pelo

<[www.metrobh.gov.br/cbtu/paginas/operacao/linhas/images/mapa\\_metrobh\\_1.jpg](http://www.metrobh.gov.br/cbtu/paginas/operacao/linhas/images/mapa_metrobh_1.jpg)>. Acesso em: 05 abr. 2015.

Florianópolis, Santa Casa, Carandaí, Praça Tiradentes, Praça da Liberdade, Praça da Savassi e Pátio Savassi. O Metrô entre Santa Tereza/Vilarinho passando pelo Horto Florestal, Santa Inês, José Cândido, Minas Shopping, São Gabriel, Primeiro de Maio, Waldomiro Lobo, Floramar e Vilarinho. O Monotrilho entre Lagoinha/Vilarinho (linha 06) passando pelo Bonfim, Paz, Catalão, UFMG e Pampulha. O Monotrilho entre Sion/Nova Lima (linha 05) passando pelo BH Shopping e Seis Pistas. O Monotrilho entre Vilarinho/Aeroporto Internacional (linha 07) passando pelo Venda Nova, Trevo de Santa Luzia e Cidade Administrativa. O Trem Eldorado/Betim (linha 04) passando pelo Bernardo Monteiro, Capelinha, Embiruçu, Nova Baden, Alterosa e Jardim Petrópolis. O Trem entre Vilarinho/Ribeirão das Neves (linha 08) passando pelos Comerciais, Justinópolis e Nova União.

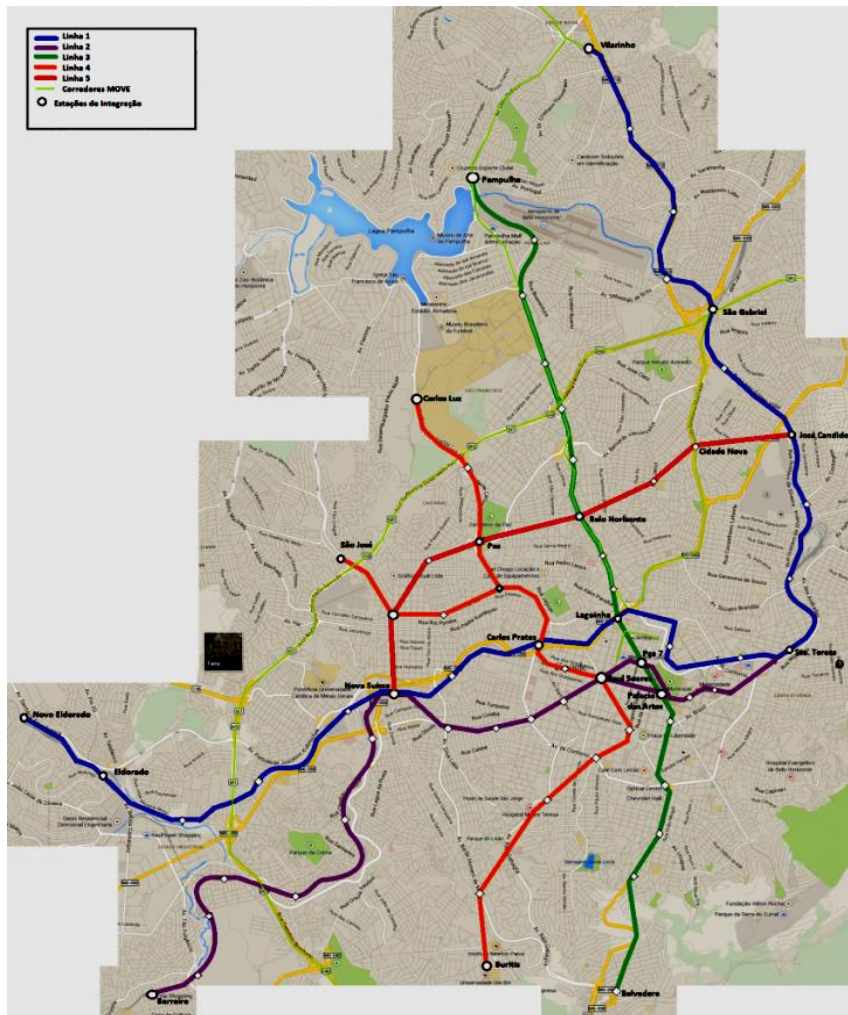
Figura 13- Linhas do Metrô Imaginário (Jornal Estado de Minas)



Fonte: <http://especiais.em.com.br/metroimaginario#chapter-1250648>

Outro projeto já apresentado (Figura 14) também defende um sistema de apenas cinco linhas integradas com expansão a partir do ramal já existente. Começando pela linha 01 (Azul) já existente, a linha 02 (Lilás) saindo do Barreiro com destino a Santa Tereza passando por Nova Suíça, Raul Soares, Praça Sete, Palácio das Artes e Hospitais, a linha 03 (Verde) Pampulha ao Belvedere passando pelo Hospital Belo Horizonte, Lagoinha, Praça Sete, Palácio das Artes e Savassi, a linha 04 (Laranja), com dois pontos de partidas, um no São José e outro na Carlos Luz com confluência dos ramais na Pedro II com Catalão e seguindo em direção a Raul Soares para chegar ao Bairro Buritis e a linha 05 (Vermelha) partindo da Nova Suíça, passando pelo Cemitério da Paz, Hospital Belo Horizonte, Cidade Nova até alcançar a José Cândido da Silveira.

Figura 14 - Linhas do Metrô Imaginário (autoria desconhecida)



Fonte: <https://www.skyscrapercity.com/showthread.php?p=114181569>  
<http://photobucket.com/gallery/user/raphadudao/media/cGF0aDovcmVkJZW1ldHJvQkhfenBzZmRlMjFIMGluG5n/?ref=>

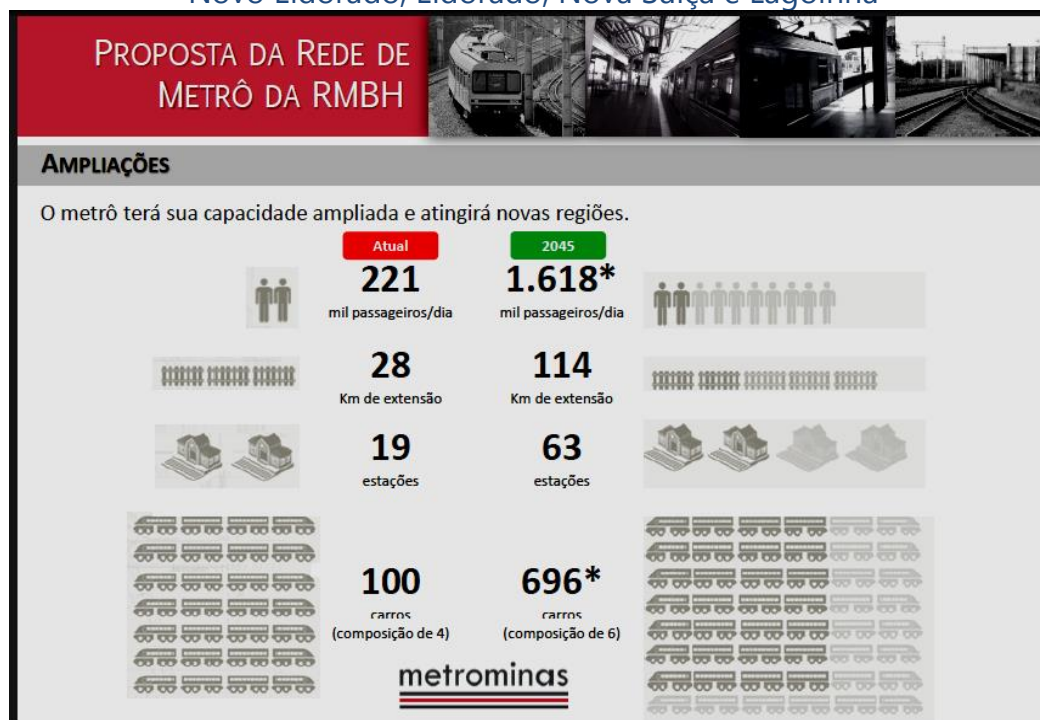
E o ápice da proposta concentra-se em apresentar o sistema metroferroviário da RMBH composto por dozes linhas com diferentes meios: metrô, trens e o Veículo Leve sobre Trilhos - VLT. É preciso alargar a malha metroferroviária atualmente estruturada em apenas cinco linhas conforme detalhamento técnico da Metrominas (Figura 15). Tendo o ano de 2018 como ponto de partida, o sistema se expande de 221.000 passageiros transportados para um milhão e seiscentos e oitenta mil. Os atuais 28 quilômetros de extensão serão ampliados para 114 quilômetros com 63 estações, sendo 44 novas (METROMINAS, 2018). A autarquia



afirma ainda que dos 100 carros (composição de quatro), o sistema pulará para 696 carros (composição de seis). A empresa (2018) atesta ainda que:

Estudos já realizados indicaram a necessidade da ampliação do Metrô da RMBH para atendimento de regiões cujos corredores de transporte rodoviários, encontram-se hoje completamente saturados pelo grande volume de veículos e constantes congestionamentos, cujo principal objetivo é o de melhorar a oferta de capacidade, velocidade, conforto, atratividade, inserção urbanística e adequação ambiental do sistema de transporte da região. Recentemente, foram concluídos e entregues os projetos básicos de engenharia e arquitetura para ampliação e modernização da rede nos seguintes trechos: Linha 01 – Eldorado a Vilarinho (28,2 Km); Linha 01 – Novo Eldorado a Eldorado (1,5 Km); Linha 02 – Barreiro a Nova Suíça (10,5 Km); Linha 03 – Savassi a Lagoinha (4,9 Km); Linha 04 – Novo Eldorado a Betim (22,6 Km).

Figura 15 – Detalhes Técnicos da Expansão da Linha 01 a partir das estações Novo Eldorado, Eldorado, Nova Suíça e Lagoinha



Fonte: Metrominas (2018)

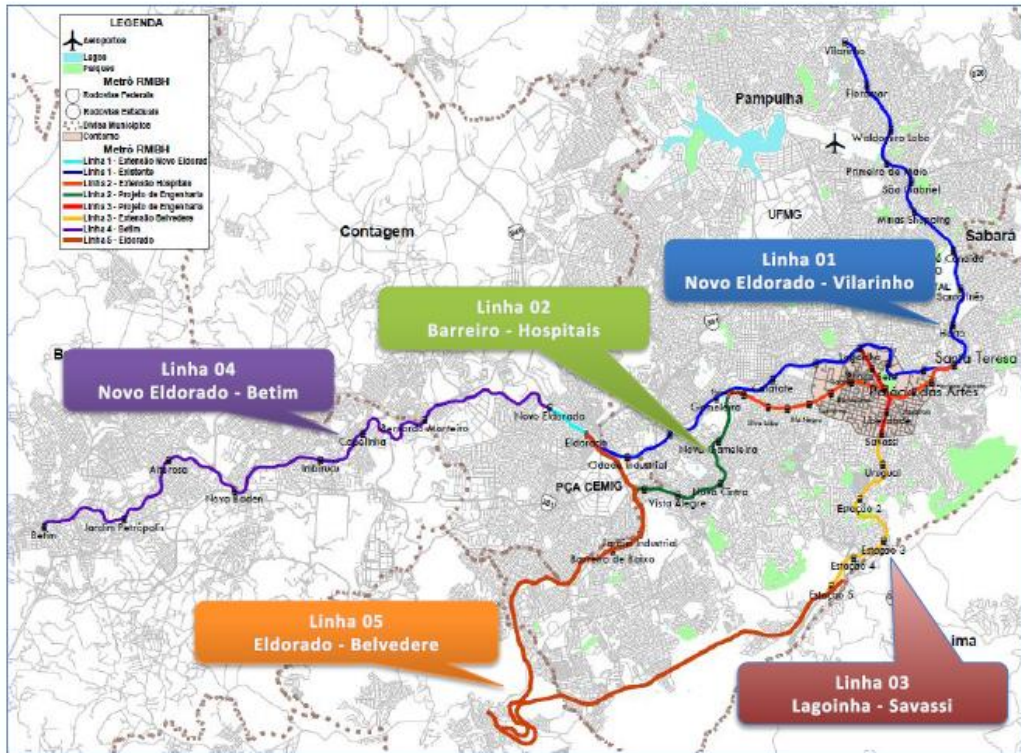
Esse sistema em parte aproveitará a malha ferroviária historicamente abandonada (Figura 16), resgatando inclusive seus patrimônios em desconstrução, abandono e descaracterização. Assim como vários pesquisadores têm defendidos em monografias, dissertações e teses, a destruição do relevante patrimônio ferroviário mineiro não pode continuar. Estações ao longo da via férrea, em alguns casos, foram transformadas em casas de cultura, centros culturais ou museus temáticos. A expansão do sistema deve amplamente abarcar a preservação da paisagem e do patrimônio das comunidades pelas quais passarem os trens e VLTS, sendo uma premissa diferenciada do projeto. Além de espaços culturais, parques ecológicos também devem ser viabilizados. O corredor verde formado pela atual malha da linha Um – Linha Azul é um exemplo significativo a ser ampliado. No caso dos metrô, devido à sua configuração subterrânea, galerias culturais devem ser gestadas e discutidas com a mineiridade.

Figura 16 – Mapa do sistema de Expansão da Linha 01 a partir das estações Novo Eldorado, Eldorado, Nova Suíça e Lagoinha

## PROPOSTA DA REDE DE METRÔ DA RMBH



### CONFIGURAÇÃO PROPOSTA PARA A REDE DE METRÔ DA RMBH



Fonte: Metrominas (2018)

A linha 02 sairá da Nova Suíça passando por Nova Gameleira, Nova Cintra, Vista Alegre Bairro Indústrias e Jardim Industrial finalizando no Barreiro de Baixo. A linha 03 partirá da Lagoinha, passando pela Praça Sete, Palácio das Artes, Praça Tiradentes, Praça da Liberdade, Praça da Savassi, Uruguai, e mais quatro estações sem nome oficial até o Belvedere. A Linha 04 começará no Novo Eldorado, passando pelo Parque São João, João César Oliveira, Bernardo Monteiro, Capelinha, Embiruçu, Nova Baden, Alterosa, Jardim Petrópolis até Betim. A Linha 05 sairá do Eldorado, passando pelo Barreiro de Baixo. Ibité até alcançar o Belvedere conforme detalhamento no Quadro/Tabela VI.

Quadro/Tabela VI - Expansão da Linha 0125 a partir das estações Novo Eldorado, Eldorado, Nova Suíça e Lagoinha

Ramal pioneiro da Linha 01 (Novo Eldorado/Eldorado/Nova Suíça/Lagoinha/Vilarinho)				
Linha/número	Linha 02	Linha 03	Linha 04	Linha 05
<b>Integração</b>	Nova Suíça	Lagoinha	Novo Eldorado	Eldorado
<b>Estação de Demanda de Passageiros (manhã / tarde / noite)</b>	Nova Gameleira	Praça Sete	Parque São Joao	03 Estações a definir
	Nova Cintra	Palácio das Artes	João César Oliveira	Barreiro de Baixo
	Vista Alegre	Indefinido	06 Estações a definir	05 Estações a definir
	Bairro Indústrias	Praça da Liberdade	Embiruçu	Ibirité
	Jardim Industrial	Indefinido	07 Estações a definir	05 Estações a definir
<b>Terminal</b>	Barreiro de Baixo	Praça da Savassi	Betim	Belvedere
<b>Valor (2018)</b>	R\$12 milhões	R\$13,2 milhões	R\$12,2 milhões	R\$10 milhões
<b>Extensão</b>	10,5 km	4,9 km	22,6 km	32,5 km
<b>Nº estações</b>	Sete unidades	Cinco unidades	18 unidades	17 unidades
<b>Manutenção</b>	Nova Suíça	São Cristóvão	Novo Eldorado	Belvedere
<b>Horário pico</b>	13.000(2020) <sup>26</sup>	22.000	Sem Dados	Sem Dados
<b>Frota</b>	Oito trens de 06 carros (2020);	06 trens de 06 carros	Sem Dados	Sem Dados
<b>Rampa máxima</b>	4 %.	4%	Sem Dados	Sem Dados

25 O programa de consolidação e expansão da rede de metrô da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), cujo objetivo é melhorar a mobilidade da população, tem a finalidade de que o Metrô BH se torne a espinha dorsal do sistema de transporte público de passageiros da RMBH, ampliando sua participação, apoiado pelas linhas de ônibus e pelo conjunto de estações de integração ônibus-metrô, ônibus-ônibus e demais modais, em que os sistemas sobre pneus e sobre trilhos se alimentem mutuamente.

26 Para a ampliação da capacidade de transporte da Linha 02 (Nova Suíça/Barreiro de Baixo) para 29.500 passageiros, a partir do ano de 2045, serão necessários 22 trens de seis carros, a serem adquiridos para operação a partir também de 2045. Fonte: Metrominas (2018)

<b>Alimentação</b>	3.000 Volts	3.000 Volts	Sem Dados	Sem Dados
<b>Consórcio Central</b>	ECEP: Engesolo LTDA; Concremat S.A.; Enecon S.A.; e Planex S.A.	METROBH: Arcadis Logos S.A. e Leme Engenharia	Arcadis Logos	METROMINAS
<b>Sugestão Cor</b>	Verde	Vermelha	Lilás	Amarela

Fonte: adaptado de Metrominas (2018)

## PRODUTOS FINAIS E “TRENS” ESPERADOS

Nesta discussão de efetivação de corredores de transporte metropolitano associados a parques urbanos pelas próximas três décadas (2018-2014) efetivará um legado para cidade que a Copa do Mundo de 2014 foi incapaz de promover (Quadro/Tabela VII). O metrô subterrâneo será formado pelas linhas 04, 08 e 09. O trem de superfície será consolidado pelas linhas 01, 02, 03, 05, 06 e 07. E o VLT, pensado para a região de Betim e Contagem, que não dispõe de malha ferroviária pretérita no sentido norte-sul, duas linhas promoverão a integração das duas urbes com cidades adjacentes, integrando-se aos sistemas de ônibus, metrô e trens. Está previsto o VLT em duas linhas a 10 e a 11. A ideia é ampliar significativamente o sistema na capital mineira, no contexto de comparação às demais maiores cinco urbes do país. Estudiosos versam que nas três próximas décadas haverá mudanças nas projeções populacionais da cidade de Belo Horizonte e da RMBH tirando-a da atual sexta posição.

Quadro/Tabela VII – comparação da Expansão das linhas nas cinco maiores cidade do Brasil

Projeções Capitais	2018				2048			
	BRT	Metr ôs	Trens	VL T	BRT	Metr ôs	Trens	VLT
São Paulo	10	05	07	01	20	10	10	07
Rio de Janeiro	04	04	05	03	10	06	05	05

Brasília	06	02	00	00	08	04	00	06
Fortaleza	02	01	00	00	06	03	00	03
Salvador	02	02	01	00	06	06	01	04
Belo Horizonte	02	00	00	00	10	03	06	02

Fonte; Adaptado de Rede Ação Ambiental

Ecologia e cultura se integram interdisciplinarmente na construção de novos projetos, formatos, concepções e esboços sustentáveis (Quadro/Tabela VIII). Exemplo: na implantação de uma linha regular de trem entre Nova Lima e Belo Horizonte passando pela malha ferroviária via Sabará, implantar-se-á o Parque Urbano Metropolitano de General Carneiro. Propõe-se um complexo cultural e ecológico com Museu a céu aberto em Marzagão (Vila Elisa e na Vila Operária) e além da implantação do Parque Urbano Metropolitano General Carneiro, entre Marzagão e Alto da Boavista deve-se pensar na necessidade de despoluição para fins de potabilidade e balneabilidade e valorização cênica da Cachoeira do Freitas. No norte/noroeste da RMBH no âmbito de implantação da linha entre Venda Nova e ribeirão das Neves poderá se implantar o Museu Treze de Agosto – Museu Cultural do Presidiário<sup>27</sup>. Nesta direção, o estudo estrutura-se em cinco eixos temáticos:

---

<sup>27</sup> O Museu Penitenciário Paulista é um museu localizado na cidade de São Paulo, dedicado à história do sistema penitenciário do estado de São Paulo.

Ocupa o extinto Complexo Penitenciário do Carandiru, na zona norte, onde hoje se encontra o Parque da Juventude, e foi inaugurado em 28 de julho de 2014. O novo museu visa preservar documentos, obras e demais objetos de valor do sistema penitenciário do estado. É administrado pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

O acervo reúne peças que datam da década de 1920, entre elas pinturas, esculturas e móveis produzidos nas oficinas das penitenciárias. O cotidiano dos presos é mostrado com objetos como aparelhos de tatuagem e armas improvisadas. Fonte: <http://museupenitenciario.blogspot.com/>

1. Paisagem da via férrea, ambiente cultural e patrimônio sustentável: um estudo das potencialidades historicamente construídas na Grande Belo Horizonte – MG (mobiliário urbano, malha ferroviária e infraestrutura disponível);
2. Implicações diretas e indiretas das ferrovias na construção do ambiente sustentável (integração entre doze linhas no tecido metropolitano interligadas ao modal rodoviário);
3. Relações entre o trem, à via férrea e à paisagem cultural dos mineiros (casas de cultura, centros culturais e museus temáticos);
4. Situação atual do patrimônio ferroviário na Grande Belo Horizonte – MG (abandono, descaracterização, novos usos e apropriações e demolições);
5. Estudo das potencialidades construídas e a possibilidade de novos usos (trens, metrô, VLTs e BRTs integrados a espaços culturais e ecológicos).

Quadro/Tabela VIII - Ferrovia, paisagem e patrimônio: interfaces interdisciplinares

<b>Área</b>	<b>Perspectivas epistemológicas, abordagens metodológicas e recortes teóricos</b>
Artes	A arquitetura e elementos artísticos nas estações, seus autores, períodos, códigos e linguagens. A percepção e apropriações desses elementos por turistas e moradores. Musealização dos espaços, perspectivas e projetos de requalificação e restauração.
Biologia	Impactos do transporte ferroviário na paisagem local: ruídos, fluidos, atritos e impactos sobre a biota e a saúde da população. Alterações dos ecossistemas lindeiros às vias férreas, perda ou fragmentação de habitats. Extinção de espécies, desequilíbrio ambiental. Urbanização do entorno e impermeabilização do solo
Filosofia	A relação dos passageiros, com o trem e os elos que esse trem permite: pessoas, paisagens, lugares, estações, elementos naturais. Subjetividade, emoção, relações interpessoais, códigos de conduta e ética. Conexões com o passado. Identidade com a viagem e seus cenários, panoramas, tempos e espaços.
Geografia	As condicionantes do espaço geográfico, na transposição e equação de novos projetos de expansão da malha ferroviária.

	Potencialidades, mapeamentos, riscos e impactos sobre a paisagem. Elementos socioeconômicos e populacionais, bem como culturais das comunidades lindeiras à via férrea e de suas geografias locais.
História	A história, a memória e a identidade da ferrovia. Seu horizonte de permanências, alternâncias, rupturas. A estruturação de uma sociedade pretérita e sua conexão com o trem e a ferrovia. O patrimônio cultural ferroviário, descaracterização, descaso, destruição ou conservação. O trem no passado e sua historicidade. Mentalidades e estruturas sociais existentes, suas consolidações e dissoluções.
Pedagogia	O trem e a ferrovia como meios educativos, percepção de elementos pedagógicos interdisciplinares na abordagem ferroviária. Reflexões educativas sobre a desconstrução ferroviária em vigor e sua problematização. Estudos sobre o transporte ferroviário, seus benefícios e malefícios à comunidade humana e ao meio ambiente.
Sociologia	O modal ferroviário, sua origem história e ampliação pelas sociedades ao longo do planeta. Sua ampliação e expansão, ideologias e contextualizações. O meio ferroviário e sua relação com as tendências neoliberais. A ferrovia no contexto de potencialização do capitalismo. Ferrovia e trabalho. Exclusão social e marginalização. A ferrovia na estrutura urbano-industrial capitalista. Ferrovia, urbanização e a priorização da matriz rodoviária. Vulnerabilidade social nas áreas lindeiras à via férrea.
Turismo	O trem e o turismo. Paisagens ferroviárias e turismo. Trens turísticos em operação no mundo e no Brasil. Novos projetos e concepções. Inventários turísticos para ampliação da malha ferroviária. Trens turísticos, concepções e desafios. O turismo ferroviário.

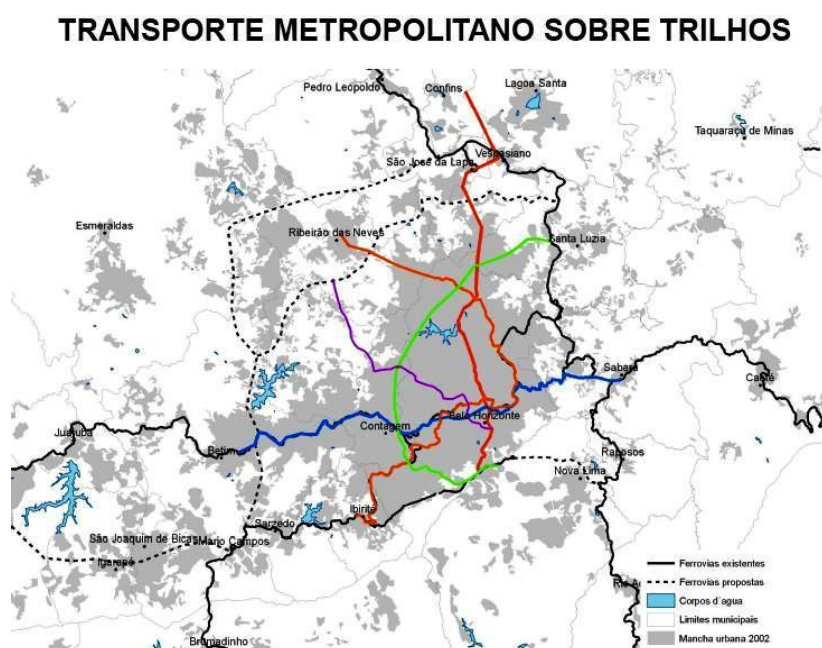
Fonte: Palestra "DIZEM QUE O MINEIRO "NÃO PERDE O TREM"! SERÁ? Verão, Outono, Inverno e Primavera na memória da Praça da Estação"

A mobilidade urbana enquanto direito fundamental e prerrogativa do estatuto das cidades deve se efetivar enquanto direito. Assim a sociedade evolui construindo projetos de BRT e propostas metroferroviárias com previsão no intervalo 2018-2048 para implantação do sistema metroferroviário (figura 17). Vários são exemplos, propostas e discussões. A Linha 01 (Azul) Betim/ Hipercentro/Sabará, a



Linha 02 (Laranja) Ibirité/ Hipercentro/Neves, a Linha 03 (Vermelha) Confins/ Hipercentro/Belvedere, a Linha 04 (Lilá) Hipercentro/Veneza, a Linha 05 (Verde) Belvedere/Regional Noroeste/Santa Luzia (Figura). Este é o modelo que será usado para se repensar a expansão do projeto até o ano de 2048.

Figura 17 - Linhas do Metrô Imaginário (autoria desconhecida)



Fonte

O ano de 1978 é elencado como recorte temporal devido ao início das discussões e planejamentos em prol do estabelecimento de uma estrutura de trens de subúrbio<sup>28</sup> aproveitando parte da rede ferroviária que por sua vez foi amplamente reconsiderada com o advento do PLAMBEL (Figura 18) com vista à potencialização e expansão. Para Campos (2002, p. 33-34)

Esclarecimento metodológico faz-se mister para os procedimentos que fundamentaram a abordagem dada à

<sup>28</sup> Agrupados em sistemas, os trens de subúrbio da RFFSA/SR-2 na Grande BH, em operação durante o período parcial ou integral de sua gestão foram: a) Sistema Belo Horizonte - Rio Acima; b) Sistema Belo Horizonte - Betim; c) Sistema Horto Florestal - Barreiro; d) Sistema exclusivo para Fábrica de Motores do Brasil - FMB, empresa do Grupo FIAT de Turim, localizada no município de Betim. (CAMPOS, 2002, p. 18-19)

característica do período de instalação da RFFSA/SR-2, que engendrou uma nova concepção de transportes de passageiros: o de massas. Privilegiou-se a institucionalização da RMBH como evidência para o processo de metropolização que acompanhou o de industrialização iniciado e intensificado a partir da década de 1950 e que encontrou na formação de um aglomerado metropolitano a sua maior expressão. O crescimento demográfico, econômico e físico-espacial desse espaço conurbado foi, efetivamente, confirmado pela institucionalização da Grande BH que não só veio a corroborá-lo como, teoricamente, oportunizar meios para o enfrentamento dos problemas dele decorrentes. Este pressuposto de análise, acredita-se, encontra sustentação nos estudos promovidos pela Superintendência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte - PLAMBEL, *Planejamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte. A estrutura urbana da RMBH* (1986); e pela Empresa Brasileira dos Transportes Urbanos - EBTU, *Apreciação dos Projetos da Região Metropolitana de Belo Horizonte* (1979).

Por fim, dedicar-se-á a análise do futuro transporte sustentável na RMBH com ênfase no trem, no metrô e no VLT, assim como no sistema de BRT. São previstas pelo estudo, três linhas de metrô subterrâneo, seis linhas de trem de superfície e duas linhas de VLT ampliando o sistema metroferroviário da atual linha 1/Azul para 12 linhas em operação regular e integrando toda a Grande BH, entre os anos de 2018 e 2048, conforme detalhamento no Quadro/Tabela IX. A discussão de uma linha ferroviária de turismo e quatro trens de longa distância precisa ser problematizada, mesmo que brevemente.

Quadro/Tabela IX – Novo Sistema metroferroviário da RMBH (Previsão para 2046)

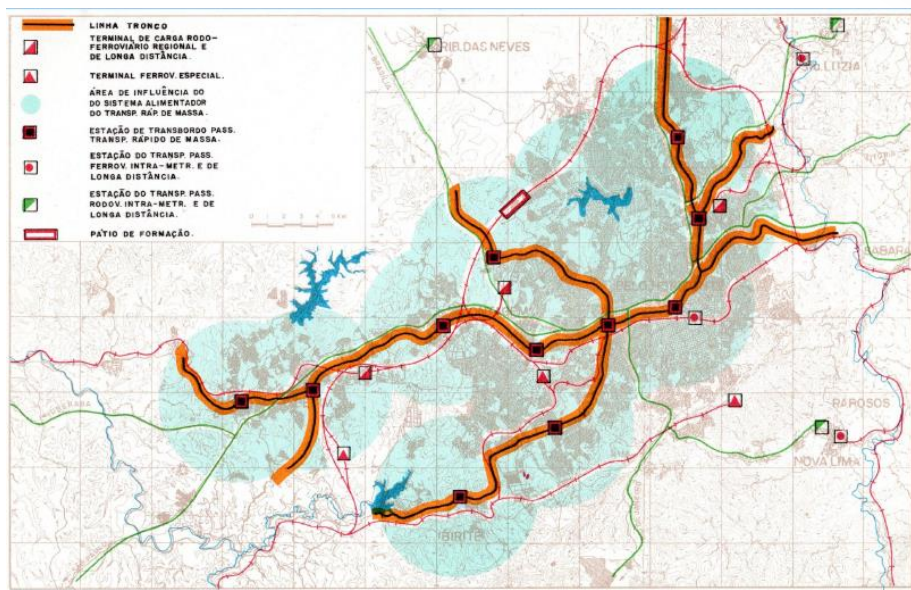
Nº	Cor – Metrobel	Origem/Destino	Tipo
Linha 01	Amarela	Estação Gameleira/Estação Anel	Trem de Superfície

Linha 02	Lilás	Estação Gameleira/Estação Sarzedo	Trem de Superfície
Linha 03	Rosa	Estação Belvedere/Estação Lagoinha	Metrô Subterrâneo
Linha 04	Marrom	Estação Várzea/Estação Marzagão	Trem de Superfície
Linha 05	Creme	Estação Independência/Estação Galo	Trem de Superfície
Linha 06	Bege	Estação Anel/Estação Confins	Trem de Superfície
Linha 07	Verde	Estação Anel/Estação Colonial	Trem de Superfície
Linha 08	Laranja	Estação Cristina <sup>29</sup> /Estação Gameleira	Metrô Subterrâneo
Linha 09	Azul	Estação Vespasiano/Estação Lagoinha	Metrô Subterrâneo
Linha 10	Cinza	Estação Gameleira/Estação Betim	Trem de Superfície
Linha 11	Vermelho	Estação Riacho/Estação Confins	Veículo Leve sob Trilhos
Linha 12	Vinho	Estação Sarzedo/Estação Colonial	Veículo Leve sob Trilhos
Linha A		Estação Betim/São Paulo	Longas Distâncias
Linha B		Estação Confins/Cidade Brasília	Longas Distâncias
Linha C		Estação Sabará/Grande Vitória	Longas Distâncias
Linha D		Estação Sarzedo/Rio de Janeiro	Longas Distâncias
Linha E		Estação Belvedere/Estação Inhotim	Trem Turístico

Fonte: Rede Ação Ambiental (2018)

Figura 18 - Linhas do Metrô e trens (previsão década de 1980)

29 Futuramente estudos técnicos se fazem necessários para conectar a Estação Luziense à Estação Cristina.



Fonte: (PLAMBEL, 1979)

1º produto: listar quinze os terminais metropolitanos existentes, projetados ou implantação, para sua gradativa integração ao sistema metroferroviário (Quadro/Tabela X). O sistema de modal ferroviária em projeto prioritariamente será implantado, tendo estes terminais como pontos de integração e conexão com a malha e linhas. Em linhas gerais o sistema começou a ser implantado em 2008 e das quinze estações previstas, faltam apenas Belvedere (BH Shopping), Colonial (Trevo de Neves), Icaivera (Nova Contagem) e Ressaca (São Joaquim). As demais estão prontas, em funcionamento parcial ou completo. A meta seria colocar todo o sistema de terminais metropolitanos em funcionamento até 2026, beneficiando contagenses, luzienses, nevenses novalimenses e sabaraenses.

Quadro/Tabela X – Cronograma de implantação do 1º Produto (2008/2018)

Demandas Previstas 2018/2048	2008	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022	2024	2026	2028	2030	2032	2034	2036
Terminal Metropolitano Justinópolis	X														
Terminal Metropolitano Vespasiano		X													
Terminal Metropolitano Cristina			X												
Terminal Metropolitano Ibirité				X											

Terminal Metropolitano Sarzedo						X														
Terminal Metropolitano Saúde/Hospitais							X													
Terminal Metropolitano Eldorado								X												
Terminal Metropolitano Betim									X											
Terminal Metropolitano Riacho										X										
Terminal Metropolitano Penha											X									
Terminal Metropolitano Petrolândia												X								
Terminal Metropolitano Ressaca													X							
Terminal Metropolitano Belvedere																		X		
Terminal Metropolitano Icaivera																			X	
Terminal Metropolitano Colonial																				X

Fonte: Rede Ação Ambiental (2018)

A Linha 01 (Amarela) já existente passará a operar com exclusividade no trecho entre a Gameleira e o Anel Rodoviário, criando dois terminais de novas conexões e dois outros pontos na linha permitindo transbordos no sistema: são dozes estações: Gameleira (Integração através do acesso à outra linha) / Calafate / Contorno / Lagoinha (Integração através do acesso à outra linha) / Floresta / Boulevard / Andradas / Independência (Integração através do acesso à outra linha)/ Horto / Penha / Palmares (Acesso ao Minas Shopping) / Pirajá (Integração através do acesso à outra linha). Desta última estação na confluência do Anel com a Avenida Cristiano Machado partirão duas outras linhas de trem, sendo uma para Venda Nova, Justinópolis, Ribeirão das Neves, chegando à BR 040 no Veneza. A Linha 02 (Lilás) Gameleira/Sarzedo terá Dezenove estações: Gameleira (Integração através do acesso à outra linha) / Amazonas / Embaúbas / Cinquentenário / Ferrugem / Mannesmann / Barreiro / Industrial / Tirol / Lindeia / Regina/ Itaipú /

Marilândia / Várzea (Integração através do acesso à outra linha) / Ibitité (Integração através do acesso à outra linha) / Redenção / Jangada / Masterville / Sarzedo (Integração através do acesso à outra linha). A Linha 03 (Rosa) Belvedere/Lagoinha Dez estações: Belvedere (Integração através do acesso à outra linha) / Ponteio / Papagaio / Sion / Carmo / Savassi / Tiradentes / Goiás / Hipercentro / Lagoinha (Integração através do acesso à outra linha). A Linha 04 (Marrom) utilizando trecho ferroviário misto entre Ibitité e Várzea e daí seguindo o ramal Águas Claras sentido Vila da Serra em Nova Lima, para depois de passar pelo Pátio minerário de Águas Claras transpor o Túnel do Taquaril rumo ao estádio da Independência com Dezenove estações: Ibitité (Integração através do acesso à outra linha) / Várzea (Integração através do acesso à outra linha) / Losangeles / Petrópolis / Solar / Esperança / Hosana / Pilar / Cercadinho / Belvedere (Integração através do acesso à outra linha) / Torres / Jambreiro / Baleia / Taquaril / Pirineus / Saudade / Abadia (Integração através do acesso à outra linha) / Pompéia (Integração através do acesso à outra linha) / Independência (Integração através do acesso à outra linha). A Linha 05 (Creme) sairá do estádio da Independência até a região do bairro do Galo em Nova Lima com Dezessete estações: Independência (Integração através do acesso à outra linha) / Pompéia (Integração através do acesso à outra linha) / Abadia (Integração através do acesso à outra linha) / Centenário / Freitas / Marzagão / Valparaíso / Itacolomi / Coqueiros / Rosário / Sabará / Adelmolândia / Paciência / Raposos / Matadouro / Gaia / Galo. A Linha 06 (Bege) parte do Anel Rodoviário rumo ao Aeroporto de Confins passando por Santa Luzia e Vespasiano com Dezenove estações a partir do Anel: Pirajá (Integração através do acesso à outra linha) / Providência / Belmonte / Acaiaca / Vitória / Gorduras / Onça / Bicas / Luziense / Esplanada / Frimisa / Bonança / Amaral / Nazia / Itaú / Vespasiano / Tavares (Integração através do acesso à outra linha) / Lapa (Integração através do acesso à outra linha) / Confins (Integração através do acesso à linha).

A Linha 07 (Verde) saíra também do Anel em direção ao Jardim Colonial passando por Vilarinho, Venda Nova, Justinópolis e Ribeirão das Neves com Dezesete estações saindo do Anel Rodoviário: Pirajá (Integração através do acesso à outra linha) / Suzana / Guarani / Floramar / Vilarinho (Integração através do acesso à outra linha) / Candelária (Integração através do acesso à outra linha) / Europa / Paraúna / Laredo (Integração através do acesso à linha) / Papini / Fortaleza / Montesa / Lajes / Neves / Status / Neviana / Colonial (Integração através do acesso à outra linha). Na estação Colonial haverá acesso a um terminal de integração de ônibus metropolitano. A Linha 08 (Laranja) saindo de Santa Luzia rumo à Gameleira via Aeroporto da Pampulha e Estádio do Mineirão com Dezesesseis estações: Luziense / Baronesa / Luzia / Duquesa / Cristina / Canaã / Consolação / Vilarinho (Integração através do acesso à outra linha) / Planalto / Portugal / Aeroporto / Mineirão / Catalão / Caiçara / Paz / Adelaide (Integração através do acesso à outra linha) / Gameleira. A Linha 09 (Azul) terá saídas da Lagoinha via Zoológico com vinte estações: Lagoinha (Integração através do acesso à outra linha) / Bonfim / Adelaide (Integração através do acesso à outra linha) / Progresso / Inconfidência / Ipanema / Glória / Serrano / Zoológico / Braúnas / Trevo / Copacabana / Candelária (Integração através do acesso à outra linha) / Cenáculo / Sesc / Mantiqueira / Delma / Laredo (Integração através do acesso à outra linha) / Cerejeiras / Justinópolis. A Linha 10 (Cinza) integra a Gameleira à Região Metropolitana Oeste, aos bairros e distritos das cidades de Contagem e Betim com dezesseis estações: Gameleira (Integração através do acesso à outra linha) / Expominas / Jardinópolis / Atalaia / Eldorado / Contagem / Beatriz / Angelina / Capelinha (Integração através do acesso à outra linha) / Alvorada / Embiruçu / Teresópolis / Laranjeiras / PTB / Alterosas / Betim (Integração através do acesso à outra linha). A Linha 11 (Vermelha) será a mais larga ligando em via elevada, o

Riacho das Pedras ao Aeroporto de Confins passando pelo Bonsucesso e Morro Alto com 25 estações suspensas: Riacho / Tijolinho / Inconfidentes / Oásis / Eldorado (Integração através do acesso à outra linha) / Colorado / Milanês / Oitis / Arvoredo / Confisco / Carajás / Tijuca / Xangrilá / Kátia / Hawai / Laredo (Integração através do acesso à outra linha) / Delma / Landi / Tocantins / Bonsucesso (Integração através do acesso à outra linha) / Encantado / Maravilhas / Tavares (Integração através do acesso à outra linha) / Lapa (Integração através do acesso à linha) / Confins (Integração através do acesso à outra linha). A Linha 12 (Vinho) será a mais extensa conectando o Sarzedo ao Jardim Colonial. Para se chegar à estação Colonial uma via suspensa atravessará área da Lagoa Vargem das Flores, passando por Petrolândia, Icaivera e Nova Contagem com 23 estações elevadas: Sarzedo (Integração através do acesso à outra linha) / Cachoeira / Bandeirinhas / Estâncias / Guanabara / Cruzeiro / PTB (Integração através do acesso à outra linha) / Laranjeiras (Integração através do acesso à outra linha) / Embiruçu (Integração através do acesso à linha) / Petrolândia (Integração através do acesso à outra linha) / Tropical / Sapucaias / Tupã / Icaivera / Buganville / Retiro / Estaleiro / Recanto / Ipê / Esmeraldas / Renascer / Liberdade / Colonial (Integração através do acesso à outra linha). Poderá haver uma linha turística com horários especiais entre Belvedere e Inhotim, conforme defendem os articulistas e mobilizadores da ONG TREM. Trens de longas distâncias na tipologia do atual Vitória / Minas podem ser pensados ligando a capital mineira ao Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, atende inúmeras cidades ao longo dos trechos ferroviários em que as linhas passarem.

Somente conjunto de esforços do poder público, iniciativa privada e sociedade organizada podem desconstruir os grandes problemas de mobilidade e transporte coletivo da RMBH – MG até o ano de 2048. Serão três décadas para construção e consolidação de amplo Sistema Integrado composto por corredores de BRT,



terminais intermunicipais, terminais intramunicipais e linhas conectadas de Metrô, trens e sobretudo VLTs. A potencialização do sistema de modal ferroviário contempla ações, esforços, reforços e mobilizações de toda a mineiridade e sua previsão encontram-se no intervalo 2018-2048 (Quadro/Tabela XI). É um desafio, pois o atual governo estadual empossado em 01/01/2019 para conduzir a gestão 2019-2022, Romeu Zema Neto declara não haver recursos<sup>30</sup> para implantação ou ampliação do sistema de transporte metropolitano, defendendo inclusive a privatização do único trem existente, conforme descrição do Jornal O Tempo (2018, on line):

O governador eleito Romeu Zema (Novo) conversou com apresentador da rádio Super 91,7 FM Rodrigo Freitas na tarde desta quarta-feira (31). Um dos desejos do governador eleito de Minas Gerais é ter um metrô privatizado em Belo Horizonte e região metropolitana. Para ele, só assim as obras sairão do papel. "A proposta que eu defendo leva em conta a situação financeira do Estado que tem dificuldades enormes. A grande questão para o metrô na região metropolitana será apelarmos para a iniciativa privada. Não há recurso", disse Zema. Segundo ele, pode ser que no início de 2019 com Jair Bolsonaro assumindo a Presidência da República haja uma melhora na economia do país, no entanto, neste momento, segundo ele, não há recursos para o Estado atuar nas obras do metrô. Apesar da indicação do novo governador eleito, o metrô é administrado pelo governo federal. Na entrevista, Zema não explica como atuaria para privatizar o metrô da capital. Há anos os mineiros esperam obras de melhorias e ampliação do metrô em Minas Gerais. A última intervenção no sistema foi em 2002, com a revitalização da estação Vilarinho, em Venda Nova.

#### Quadro/Tabela XI – Cronograma de implantação do 1º Produto

<sup>30</sup> As linhas metroferroviárias do sistema aqui proposto estão previstas para iniciar em 2024, e terá a ação de outros gestores federais e estaduais empossado para o período 2023-2026, caso os atuais governador e presidente não se reelejam.

<b>Demandas</b> <b>2018/2048</b>	<b>Previstas</b>	<b>2018</b>	<b>2020</b>	<b>2022</b>	<b>2024</b>	<b>2026</b>	<b>2028</b>	<b>2030</b>	<b>2032</b>	<b>2034</b>	<b>2036</b>	<b>2038</b>	<b>2040</b>	<b>2042</b>	<b>2044</b>	<b>2046</b>
01 Estação Gameleira/Estação Anel				X												
02 Estação Gameleira/Estação Sarzedo					X											
03 Estação Belvedere/Estação Lagoinha						X										
04 Estação Várzea/Estação Marzagão							X									
05 Estação Independência/Estação Galo								X								
06 Estação Anel/Estação Confins									X							
07 Estação Anel/Estação Nevense										X						
08 Estação Luziense/Estação Gameleira											X					
09 Estação Vespasiano/Estação Lagoinha												X				
10 Estação Gameleira/Estação Betim													X			
11 Estação Riacho/Estação Confins														X		
12 Estação Sarzedo/Estação Colonial															X	
13 Estação Belvedere/Estação Inhotim			X													
A Estação Betim/São Paulo						X										
B Estação Confins/Cidade Brasília									X							
C Estação Sabará/Grande Vitória													X			
D Estação Sarzedo/Rio de Janeiro																X

Fonte: Rede Ação Ambiental (2018)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os atuais Sistemas BRT, Intermunicipal, Intramunicipal e Metroferroviário na Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG encontram-se incompletos e inacabados com muitos desafios e cenários a serem reformulados visando beneficiar a coletividade da Grande Belo Horizonte. A proposta deste artigo é iniciar uma discussão que não se findará no que se refere à construção de novos projetos de BRT e propostas metroferroviárias associadas a corredores ecológicos para a Região Metropolitana de Belo Horizonte. Assim na maior urbe das Minas Gerais e seu entorno, os Sistemas BRT, Intermunicipal, Intramunicipal e Metroferroviário podem ser pensados e repensados desconstituindo os problemas existentes criando novas possibilidades ecológicas e novos panoramas culturais. Tendo 2018 como marco, é emergencial perceber os cenários e desafios do transporte na Grande BH, tendo como recorte temporal, o período de quatro décadas após o ano de 1978, bem como as três décadas que antecederão o ano de 2048. Neste ano vindouro, espera-se que a modal metroferroviária se efetive como meio principal de atendimento ao público da Grande Belo Horizonte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Os meios de transporte coletivo no âmbito do Direito Ambiental**. In: Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, nº 1505. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4462/os-meios-transporte-coletivo-ambito-direito-ambiental>> Acesso em: 21 jan. 2019.

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Educação, mobilidade e meio ambiente: o transporte coletivo como pauta pedagógica**. In: Jornal Pensar a Educação em Pauta, FaE/UFMG, ano 06, nº 226. Publicado em 14. Dez. 2018. Disponível em: <http://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/educacao-mobilidade-e-meio-ambiente-o-transporte-coletivo-come-pauta-pedagogica/> Acesso em: 21 jan. 2019.

ANDRADE, Vagner Luciano de. **TRANSPORTE URBANO E SAÚDE AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA PÚBLICO DE ÔNIBUS NA GRANDE BH E A**

**NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ATENDIMENTO POR BRT..** In: Anais do Fórum Habitar. Anais...Belo Horizonte(MG) UFMG, 2018. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/habitar/65850-TRANSPORTE-URBANO-E-SAUDE-AMBIENTAL--UMA-ANALISE-DO-SISTEMA-PUBLICO-DE-ONIBUS-NA-GRANDE-BH-E-A-NECESSIDADE-DE-AMPL>>. Acesso em: 21/01/2019 14:33

ANDRADE, Vagner Luciano de. **TRANSPORTE COLETIVO E SUSTENTABILIDADE URBANA: UM PANORAMA HISTÓRICO DA CAPITAL MINEIRA ENTRE 1977-2017.** In: Anais do Fórum Habitar. Anais...Belo Horizonte(MG) UFMG, 2018. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/habitar/65848-TRANSPORTE-COLETIVO-E-SUSTENTABILIDADE-URBANA--UM-PANORAMA-HISTORICO-DA-CAPITAL-MINEIRA-ENTRE-1977-2017>>. Acesso em: 21/01/2019 14:32

ANDRADE, Vagner Luciano de. **TRANSPORTE COLETIVO METROFERROVIÁRIO NO BRASIL E NO MUNDO: PERSPECTIVAS ATUAIS E POSSIBILIDADES EMERGENCIAIS NA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE – MG.** In: Anais do Fórum Habitar. Anais...Belo Horizonte(MG) UFMG, 2018. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/habitar/65853-TRANSPORTE-COLETIVO-METROFERROVIARIO-NO-BRASIL-E-NO-MUNDO--PERSPECTIVAS-ATUAIS-E-POSSIBILIDADES-EMERGENCIAIS-NA-RE>>. Acesso em: 21/01/2019 14:32

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. Estudos de BRT no Brasil. São Paulo, NTU. Julho de 2011, 134 p.

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

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade e Legislação Correlata.** 2. ed., atual. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.80 p.

CAMPOS, Helena Guimarães. **DA INCLUSÃO À EXCLUSÃO SOCIAL: A TRAJETÓRIA DOS TRENS DE SUBÚRBIO DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE (1976 - 1996).** Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais - Gestão de Cidades. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002. 342 páginas

CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DE MINAS GERAIS – CREA-MG. **Cartilha CREA-MG - Mobilidade: Região Metropolitana de Belo Horizonte.** Belo Horizonte: CREA-MG, 2014. 70 p.: il.

GARRIDES, SOUZA E CAMPOS NETO. **Transporte público em Belo Horizonte: um estudo comparativo entre Metrô e Monotrilho.** In: I Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Belo Horizonte, abr. 2016.

GIFFONI Iomara Albuquerque. **Turismo e Paisagem: o caso da Praça da Estação em Belo Horizonte/MG.** In: Anais do VII Seminário de Pesquisa em Turismo do MERCOSUL. Turismo e paisagem: uma relação Complexa. 16-17 de novembro de 2012. Universidade de Caxias do Sul

GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. **MOBILIDADE URBANA E GESTÃO METROPOLITANA EM BELO HORIZONTE.** In: **SEMINÁRIO MOBILIDADE URBANA: Desafios e perspectivas para as cidades brasileiras.** Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2014

GOVERNO DE MINAS GERAIS. **DEER – Sistema Metropolitano de Transporte Público.** Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, 2018.

GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Programa de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais - Anexo II Termo de Referência: Lotes 01, 02 e 03.** Belo Horizonte: Gestão Metropolitana. 2010

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Mapa do Transporte Metropolitano.** Companhia do Metropolitano de São Paulo, São Paulo. Disponível em <http://www.metro.sp.gov.br/pdf/mapa-da-rede-metro.pdf> 2018 Acesso em: 21 jan. 2019.

JORNAL O TEMPO. **Em entrevista à radio Super, Zema diz que pretende privatizar o metrô.** Disponível em <https://www.otempo.com.br/hotsites/elei%C3%A7%C3%B5es-2018/em-entrevista-%C3%A0-r%C3%A1dio-super-zema-diz-que-pretende-privatizar-o-metr%C3%B4-1.2062101> Acesso em: 21 jan. 2019.

METROMINAS. **Proposta Rede de Metrô da RMBH.** Belo Horizonte: 2018

PIRES, Ailton Brasiliense; VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara; SILVA; Ayrton Camargo. **ANTP – Transporte Humano: cidades com qualidade de vida.** São Paulo, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS. ANTP, 1997.312 p.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **BHTRANS - Sistema de Transporte Público Municipal.** Belo Horizonte: Bitrans., 2018 Disponível em: Disponível em: <http://servicosbhtrans.pbh.gov.br/bhtrans/e-servicos/e-servicos.asp?servico=S01&opcao=QUADRO%20DE%20HOR%C3%81RIOS%20DE%20%C3%94NIBUS> Acesso em: 21 jan. 2019.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BETIM. **TRANSBETIM - Sistema de Transporte Público Municipal.** Betim: TransBetim, 2018 Disponível em: [http://www.betim.mg.gov.br/prefeitura\\_de\\_betim/outros\\_orgaos/transbetim/horarios\\_onibus/40416%3B56370%3B07162103%3B0%3B0.asp](http://www.betim.mg.gov.br/prefeitura_de_betim/outros_orgaos/transbetim/horarios_onibus/40416%3B56370%3B07162103%3B0%3B0.asp) Acesso em: 21 jan. 2019.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CONTAGEM. **TRANSCON - Sistema de Transporte Público Municipal.** Contagem: Transcoa, 2018 Disponível em: <http://www.contagem.mg.gov.br/horario-de-onibus/> Acesso em: 21 jan. 2019.

SITE JUS BRASIL. **MPF-MG garante a reativação do Museu Ferroviário de Belo Horizonte.** Disponível em <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2243460/mpf-mg-garante-a-reativacao-do-museu-ferroviario-de-belo-horizonte> Acesso em: 21 jan. 2019.

